

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
LES ACCUSATIONS POPULAIRES A ROME

DROIT FRANÇAIS
DES CONFLITS DE LOIS
EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUE MARITIME
Principalement au point de vue du droit positif français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 13 décembre 1888, à 2 heures 1/2

PAR

MARCEL MORAND

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de Droit

3^e Mention de Droit Romain (1884)

2^e Prix de droit international privé (1885)

Président : M. RENAULT, professeur.

Suffragants : { MM. BEUDANT, } professeurs.
GÉRARDIN, }
PLANIOL, } *agréé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23

1888

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547909_0027

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
LES ACCUSATIONS POPULAIRES A ROME

DROIT FRANÇAIS
DES CONFLITS DE LOIS
EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUE MARITIME
Principalement au point de vue du droit positif français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 13 décembre 1888, à 2 heures 1/2

PAR

MARCEL MORAND

Avocat à la Cour d'appel

Lauréat de la Faculté de Droit

3^e Mention de Droit Romain (1884)

2^e Prix de droit international privé (1883)

Président : M. RENAULT, professeur.

Suffragants : { MM. BEUDANT, } professeurs.
GÉRARDIN, }
PLANIOL, } *agréé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres
matières de l'enseignement

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, rue Racine, 23

1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

LES ACCUSATIONS POPULAIRES A ROME

INTRODUCTION

« Ce n'est que peu-à-peu, et par degrés insensibles que les hommes sont arrivés à comprendre que les délits contre les particuliers intéressent aussi la société tout entière, touchent à ses conditions d'existence, et que le pouvoir social a le droit d'intervenir dans la répression des délits de cet ordre (1) ». Si telle est la marche du droit criminel dans l'humanité, les Romains en eurent très vite franchi les différentes étapes, car on voit apparaître de très bonne heure chez eux la notion de l'intérêt social. Ils arrivèrent rapidement en effet à distinguer les actes immoraux portant directement atteinte à la société, de ceux qui n'étaient préjudiciables qu'aux particuliers. Et la séparation était si nettement marquée, que la répression de ces deux catégories d'actes se poursuivait

1. Gautier. *Précis de l'histoire du droit français*, p. 75.

devant des tribunaux différents et était soumise à des procédures différentes. Bien plus, s'il faut en croire d'Ihéring (1), la transition de la justice populaire, à l'administration réglée de la justice criminelle, précéda de longtemps la substitution des peines privées à la vengeance privée. Les Romains poussèrent même l'esprit d'analyse en cette matière jusqu'à détacher des délits contre l'ordre public certains actes reprehensibles, portant eux aussi atteinte à l'ordre public, mais plus spécialement préjudiciables à l'intérêt privé, pour en faire une catégorie intermédiaire de délits, dont la répression était assurée au moyen des *actions populaires*. Bien qu'en cette matière, tout comme lorsqu'il s'agissait de crimes proprement dits, le droit de poursuivre appartient à tous, la procédure de ces actions ne différait point de la procédure civile, et les procès intentés en vertu d'une action populaire ne se jugeaient pas autrement que les procès civils ordinaires. Les actions populaires doivent donc être placées en dehors du droit criminel romain.

Quant aux faits immoraux portant essentiellement atteinte à l'ordre public, ils constituaient le véritable domaine du droit pénal. Il n'y avait à l'origine que fort peu de ces faits qui fussent punis, et ceux-là seulement l'étaient, qui présentaient la plus extrême gravité (2). Mais à me-

1. Ihéring. *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, traduction de Meulenaere, t. 1, p. 214.

2. De Valroger. *Esquisse du droit criminel Romain*. *Revue critique*, année 1860, p. 404.

sure que Rome grandit, à mesure aussi que l'éducation morale se développa, en même temps que la dépravation progressait, l'on jugea nécessaire de réprimer certains faits laissés autrefois impunis, et d'empêcher de se reproduire certains autres faits nés d'un état social nouveau, et qu'on considérait comme compromettants pour l'ordre public. De là une série de lois frappant chacune un ou plusieurs crimes spécialement désignés, entre lesquels n'existait le plus souvent aucune corrélation. « Les crimes, dit M. Sumner-Maine (1), n'étaient classés ensemble dans la même loi, que parce qu'ils appelaient en même temps une répression au moment où la loi avait été faite. » La même loi Cornelia (2) par exemple punissait en même temps que le parjure, les blessures par armes tranchantes et l'empoisonnement. Cette situation fâcheuse fut encore aggravée par la suite; des décisions législatives intervinrent, qui étendirent le champ d'application des lois antérieures, et ajoutèrent de nouveaux chapitres à ceux qu'elles possédaient déjà. C'est ainsi qu'un sénatus-consulte fit tomber sous l'application de la loi Cornelia, l'emploi frauduleux de maléfices, et la pratique d'artifices magiques pour ensorceler quelqu'un, ou le frapper de paralysie (3). Ce groupement qui n'avait

1. Sumner-Maine. *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 371.

2. Dig., liv. 48, t. 8.

3. Walter. *Histoire du droit criminel chez les Romains*, trad. Picquet-Damesme, p. 28.

rien de scientifique, eut même ce singulier résultat, qu'on désigna par le nom du crime cité le premier tous les crimes que punissait la même décision législative. Une loi Julia poursuivait en première ligne la répression de l'adultère : on appela adultères tous les faits relevant de la *quæstio de adulteriis* (1).

En outre chaque loi établissait pour les faits qu'elle prévoyait, un tribunal spécial avec sa procédure particulière ; « ces tribunaux créés par des lois de différentes dates, qui n'avaient pas été conçus dans le même esprit, n'eurent point une organisation identique (2), » de sorte qu'il en résulta dans le droit pénal de Rome, une certaine incohérence, qui tendit à disparaître par suite de la création de juridictions permanentes, et sous l'influence de la loi *Julia publicorum judiciorum*, dont les dispositions s'appliquaient indistinctement à toutes ces juridictions (3), mais qui réapparut le jour où des fonctionnaires impériaux, qu'on avait déjà investis du droit de connaître des procès criminels, purent réprimer des faits, que les lois antérieures n'atteignaient pas, et les punir de peines fixées arbitrairement par eux (4).

Et cependant la confusion est plus apparente que réelle, car dans ce fouillis de dispositions législatives, il est

1. Sumner-Maine. *Op. cit.*, p. 372.

2. De Valroger. *Op. cit.*, p. 371.

3. Walter. *Op. cit.*, p. 74.

4. De Valroger. *Op. cit.*, p. 402. Ortolan. *Histoire et Généralisation*, p. 355 et 356.

possible de démêler des règles générales, et de saisir certains principes qui dominent toute la matière du droit pénal Romain, celui des *Accusations populaires* notamment. Rome en effet ne connut jamais l'institution du ministère public. Le soin de protéger la société contre les crimes susceptibles de l'atteindre, incombait à tous; et il y avait là pour les citoyens plus qu'un devoir, il y avait là pour eux un droit, droit dont l'existence est incertaine mais probable pendant les premiers siècles de l'histoire de Rome, dont le développement atteint son apogée dans les premières années de l'Empire, et qui, dans la suite, s'en va diminuant peu-à-peu d'importance, devenant d'accès de plus en plus difficile, mais sans jamais disparaître en entier.

Cette organisation paraît assez curieuse à notre époque, pour mériter une étude spéciale; aussi est-ce à son examen que nous consacrons ce travail. Quelle est l'histoire du droit d'Accusation, et quel était son fondement? A qui appartenait-il? Comment s'exerçait-il? Quelles étaient pour l'Accusateur les conséquences de l'Accusation? Quelles étaient les causes d'extinction du droit d'Accusation? Telles sont les questions que nous nous proposons de résoudre. Nous donnerons à chacune d'elles un chapitre spécial.

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT D'ACCUSATION. — SON HISTOIRE ET SON FONDEMENT.

Ulpien nous dit dans un fragment inséré au Digeste que les instances criminelles sont nommées *judicia publica*, parce que le droit de s'y porter accusateur appartient : *cui-libet ex populo* (1), c'est-à-dire à tous les citoyens. Cette explication étymologique a été critiquée. M. Maynz notamment la repousse, en se basant sur ce que les instances criminelles portaient déjà le nom de *judicia publica*, à une époque où de simples citoyens ne pouvaient se porter accusateurs. Le droit d'accusation ne serait en quelque sorte tombé dans le domaine public, que le jour où fut créée la première *quæstio perpetua* ; auparavant il eut été pour ainsi dire l'apanage des magistrats (2).

Est-il vrai que le droit pour tous les citoyens de se porter accusateurs, ne date que de l'année 605 de la fondation de Rome, année qui vit créer la première *quæstio perpetua*, la *quæstio Calpurnia de Repetundis* ? Nous

1. Dig., f. 43, par. 10. l. 23, t. 2.

2. Maynz. *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome. Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1881, p. 585, notes 9 et 10. 1882, p. 6, note 18.

n'avons pas de documents, qui nous permettent de résoudre la question d'une façon péremptoire, mais il nous paraît impossible de la trancher dans un sens autre que celui de la négative. Il est en effet fort peu probable, que cette institution de l'*accusation populaire*, qui constitue en somme un des procédés de répression les plus primitifs qu'on puisse imaginer, ait été créée de toutes pièces, et introduite dans la législation Romaine, à une époque où la société avait atteint un degré de civilisation assez avancé, et au moment même où se réalisait un progrès énorme en matière pénale, l'organisation de tribunaux permanents.

Et puis cette idée qu'il appartient à tout le monde de poursuivre la punition des actes délictueux préjudiciables à tous, elle est bien antérieure à l'apparition des *questiones perpetuæ*. Le *crimen suspecti tutoris* et les interdits populaires nous en fournissent la preuve. Bien avant l'année 605, on considérait qu'il était d'ordre public que la fortune des mineurs fût bien administrée, et quand la gestion d'un tuteur était entachée de fraude, ou de négligence grossière, tout le monde, même les femmes, pouvait demander la destitution et la condamnation de ce tuteur. Et, bien avant l'année 605, on vit fonctionner les interdits populaires, interdits ayant pour but la protection de certains droits appartenant à tous, et en vertu desquels le premier venu pouvait poursuivre le délinquant. On considérait donc déjà qu'il appartenait à chacun de poursuivre la répression de ce qui nuisait à

tous ; alors nous ne voyons pas pourquoi l'application de cette idée aurait été limitée aux deux cas que nous venons d'indiquer.

Mais, dira-t-on le *Crimen suspecti tutoris* était de la compétence d'un magistrat, le préteur urbain, et c'est aussi le préteur urbain qui connaissait des actions intentées en vertu d'interdits populaires ; tandis que la juridiction criminelle proprement dite appartenait au peuple ; or, devant les Comices, seuls les magistrats pouvaient accuser, car seuls ils avaient le droit de communiquer directement avec le peuple, le *jus agendi cum populo*. Donc tant que le peuple fût juge en matière criminelle, le droit pour les citoyens de se porter accusateurs, se trouva paralysé (1).

Sans doute devant les Comices, il n'y avait que les magistrats qui pussent intenter une accusation ; mais tous les crimes n'étaient point jugés par les Comices. La juridiction criminelle de ces assemblées ne date en effet que de l'an 245 de la fondation de Rome. A l'origine, sous la monarchie, le roi était juge des procès criminels ; jugeait-il en dernier ressort, ou ses sentences étaient-elles susceptibles d'un appel porté devant le peuple ? La question est discutée, et il ne nous appartient pas de la trancher (2). Souvent aussi le roi déléguait ses pouvoirs à des

1. Laboulaye. *Essai sur les lois criminelles des Romains*, p. 135.

2. Mispoulet. *Institutions politiques des Romains*, I, p. 123. Maynz. *Op. cit.*, 1881, p. 568 et s.

juges nommés pour un procès déterminé, aux *Duoviri Perduellionis*, pour les procès relatifs au crime de *Perduellio* (1), aux *Quæstores Parricidi*, dans le cas d'homicide. Qui nommait ces juges? Était-ce le roi? Était-ce le peuple? Sur ce point déjà les Anciens étaient en désaccord. Junius Gracchanus les fait élire par le peuple; Tacite attribue leur nomination au roi (2). La chute de la République ne modifia pas sensiblement cet état de choses, et les consuls furent juges en matière criminelle, comme les rois l'avaient été (3).

Mais en l'an 245, un fait important se produisit; c'était peu de temps après l'établissement du gouvernement consulaire. Une loi *Valeria* fut rendue, qui établit la *Provocatio*, ou appel devant les Comices Centuriates de toute sentence capitale rendue par le magistrat. Plus tard l'appel fut autorisé à l'égard des condamnations aux *Verbera*. Puis vint la loi *Aternia Tarpeia de Multa*, qui donna aux magistrats supérieurs à la questure, un droit qui jusqu'alors n'avait appartenu qu'aux consuls, le droit de condamner à l'amende; mais lorsque l'amende dépassait un

1. A l'origine c'est tout crime troublant la paix publique, et entraînant la mort; plus tard, c'est tout crime compromettant la dignité, la puissance de la République; sous l'Empire c'est le crime de lèse-majesté.

2. Tacite. *Annales* XI, 22.

3. Mispoulet. *Op. cit.*, I, 223. En sens contraire Maynz. *Op. cit.*, 1881, p. 572.

certain chiffre, lorsqu'elle excédait la *suprema mulcta* (1), la sentence était susceptible de *provocatio*, et celle-ci était portée devant les comices par tribus. Ces comices s'étaient à plusieurs reprises arrogé le droit de juger des causes capitales; la loi des XII Tables vint leur interdire de le faire; elle décida en outre que les crimes entraînant des peines capitales seraient en première instance de la compétence des comices centuriates : *de capite civis nisi per comitiatum maximum ne ferunto*. Enfin elle généralisa la *provocatio*, et l'autorisa *ab omni judicio poenae*. S'agissait-il d'une condamnation à l'amende, les comices par tribus connaissaient de l'appel; s'agissait-il d'une tout autre peine, l'appel était porté devant les comices centuriates.

Et cet état de choses dura jusqu'à la création des *questiones perpetuae*. Or de ce qui précède, il résulte que les comices n'étaient juridiction de première instance, que lorsqu'il s'agissait de crimes entraînant la peine capitale. Ils n'avaient donc pas absorbé et fait disparaître la juridiction des magistrats. Ils l'avaient même supprimé si peu, qu'à la fin de la République, nous voyons encore fonctionner le vieux tribunal des *duoviri perduellionis*, et sa décision être frappée d'appel, et portée devant le *comitatus maximus* (2). Les magistrats ont donc toujours détenu une partie de la juridiction criminelle; il y avait

1. La loi *Aternia Tarpeia de Mulcta* fixe la *suprema mulcta* à 2 brebis et 30 bœufs; Voir Willems. *Le droit public romain*, p. 175.

2. Cicéron. *Pro Rabirio*. Maynz. *Op. cit.*, 1882, p. 5.

donc, même avant l'apparition de la *quæstio Calpurnia de repetundis*, place pour l'accusation des citoyens.

Quoiqu'il en soit le fonctionnement de l'accusation populaire ne saurait plus être contesté à partir de l'an 605 de la fondation de Rome. A cette époque en effet, sur la demande du tribun *Calpurnius Piso*, un tribunal chargé spécialement de juger les concussions des magistrats fut créé. Or, bien qu'à l'origine, ce tribunal revêtit le caractère de juridiction civile (1), tout le monde cependant pouvait s'y porter accusateur; ceux-là seulement ne pouvaient le faire, à qui un texte de loi en avait refusé le droit (2). Puis on organisa vers la fin de la République, pour une série de crimes des tribunaux analogues; ce fut l'œuvre des lois de Sylla, sur l'assassinat, l'empoisonnement, le faux; d'une loi de Pompée, sur le parricide; des lois de César et d'Auguste sur les concussions, la brigue, le péculat. La composition de ces différents tribunaux n'était pas absolument uniforme, et la procédure usitée n'était pas la même dans tous; mais ils présentaient des caractères communs, et étaient soumis à certaines règles identiques; c'est ainsi que devant les *quæs-*

1. La poursuite fut originairement purement civile, et comme dans les causes civiles du tribunal centumviral le procès était introduit par la *legis actio sacramenti*. Mais la composition de la *quæstio*, et la nature du fait incriminé imprimèrent à la juridiction le caractère criminel, et à la procédure le caractère pénal.

2. Dig., f. 8, liv. 48, t. 2.

tionones perpetuæ quelles qu'elles fussent, il n'y avait pas de procès criminel sans accusation, et que cette accusation était populaire, c'est-à-dire ouverte à tout le monde. Or, comme des tribunaux de ce genre avaient été créés pour presque tous les crimes, et que par là même la juridiction des comices avait été considérablement diminuée, puisque les décisions des *quæstiones perpetuæ* n'étaient point susceptibles d'appel (1), on peut dire qu'à la fin de la République, l'accusation populaire constitue le procédé normal de répression. Au reste, dès le début de l'empire les comices perdent toute compétence judiciaire, et les *quæstiones perpetuæ* absorbent toute la juridiction criminelle ; l'institution de l'accusation populaire se trouve alors dans son complet épanouissement.

Mais à côté des *quæstiones perpetuæ*, apparaissent bientôt la juridiction du Sénat et celle de l'Empereur. On enlève aux *quæstiones perpetuæ* la connaissance des affaires capitales, puis peu-à-peu, insensiblement, on réduit leur compétence ; et au III^e siècle elles ont cessé d'exister (2). Mais le droit d'accusation n'en reste pas moins intact. L'accusateur saisit à son gré le sénat ou le tribunal de

1. On a prétendu que cela provenait de ce que ces tribunaux étaient une représentation du peuple ; c'est inexact. M. Maynz (*op. cit.*, 1882, p. 23) a très bien montré que les décisions des questions perpétuelles émanaient à l'origine de véritables juridictions civiles, et que comme telles, elles n'étaient pas susceptibles d'appel.

2. Willems. *Op. cit.*, p. 472,

l'Empereur. Puis la juridiction du sénat ne tarde pas à décliner et à s'effacer devant celle de l'Empereur ; on la limite sous Septime-Sévère (1) aux procès intentés à des sénateurs, puis elle disparaît complètement, sans qu'il soit possible d'assigner une date à cette disparition. L'Empereur ou ses représentants sont alors seuls compétents pour connaître des procès criminels. A cette époque déjà, le rôle d'accusateur est discrédité ; les citoyens répugnent à user de leur droit d'accusation (2). Pour remédier à cet état de choses, et assurer la répression des crimes, on autorise les magistrats à condamner sur une simple dénonciation (3) ; puis à se saisir d'office dans certains cas, lorsqu'il s'agit de criminels tels que les bandits, les sacrilèges, les plagiaires, les voleurs. C'est ainsi que s'introduit la procédure Inquisitoire. Au reste le pouvoir impérial en favorise alors le développement. Tandis qu'autrefois on avait cherché à stimuler le zèle des accusateurs, notam-

1. Willems. *Op. cit.*, p. 474. Sous la République on rencontre déjà la juridiction du sénat, mais seulement dans des cas tout-à-fait exceptionnels, quand il s'agissait d'une affaire intéressant particulièrement l'État ; le sénat se saisissait alors par mesure de haute police.

2. Laboulaye. *Op. cit.*, p. 435.

3. De tout temps les magistrats purent poursuivre un criminel sur une simple dénonciation ; mais, ce qui fait que même à l'époque de la procédure inquisitoire, ces magistrats se distinguèrent toujours de nos organes du ministère public, c'est qu'ils faisaient de la dénonciation le cas que bon leur semblait, et ne poursuivaient que s'il leur plaisait de le faire.

ment en leur allouant une partie des biens des condamnés, on tend maintenant à les écarter; on punit de peines plus sévères les accusations injustes, et l'on multiplie le nombre des incapacités édictées par les lois (1); mais cependant cette institution si originale de l'accusation populaire ne disparut jamais entièrement, et si la règle que la poursuite des crimes appartient à tous est à l'époque de Justinien d'une application beaucoup moins étendue que dans les premières années de l'Empire, elle n'en est pas moins formulée dans la compilation de Justinien comme un principe de droit pénal.

Mais quel était le fondement de ce principe? Quelle était la nature du droit de l'accusateur? En quelle qualité celui-ci agissait-il? En son nom et en vertu d'un droit propre? Ou comme représentant de l'État? Ou enfin comme représentant de ses concitoyens?

Pour M. Laboulaye (2) l'accusateur ne représentait ni l'État, ni ses concitoyens, c'était un simple particulier qui agissait à ses risques et périls, en vertu d'un droit propre et en son nom personnel; et ce qui le prouve, c'est qu'il suffisait qu'il abandonnât l'accusation, quel que fût le motif de son désistement, pour que la procédure fût anéantie.

Cette opinion concorde de tous points avec la théorie de d'Ihéring (3) sur l'organisation de la société Romaine.

1. De Valroger. *Op. cit.*, p. 523.

2. Laboulaye. *Op. cit.*, p. 143.

3. D'Ihéring. *Op. cit.*, t. 1, p. 211 et suiv.

D'Ihéring part de cette idée que pour les Romains, l'État n'est pas quelque chose de différent, en dehors et au-dessus des citoyens ; les citoyens eux-mêmes sont l'État ; État et peuple sont équivalents ; l'État comme sujet, c'est l'ensemble des *cives*. De sorte que le représentant des intérêts de cette société politique, ce n'est pas l'État, mais c'est l'ensemble du peuple, l'ensemble des citoyens, et par conséquent chacun d'eux en particulier, si bien que les droits publics ont les mêmes sujets que les droits privés, les individus. Si donc les intérêts publics ne sont autres que les intérêts de tous, et par conséquent aussi de chacun, il en résulte que chacun a le droit de défendre ces intérêts, d'en empêcher la violation, ou si celle-ci existe déjà, d'en demander satisfaction, de la même manière que pour ses intérêts privés. Donc pour d'Ihéring, l'accusateur n'agirait en justice, que dans le but de se venger dans la mesure où le crime commis lui porte préjudice.

On peut encore à l'appui de cette opinion invoquer des considérations que M. Laboulaye n'a pas fait valoir :

Et d'abord en règle générale, l'accusation ne pouvait pas être intentée par mandataire (1) (Nous dirons au chapitre IV les motifs de cette règle) ; l'accusateur n'était donc le mandataire de personne, donc c'est en son nom à lui qu'il agissait.

En second lieu, l'accusateur pouvait transiger avec l'accusé (2) ; cela implique nécessairement qu'il agissait en

1. Dig., f. 13, p. 1, liv. 48, t. 1 ; C. I., c. 11, liv. 9, t. 35 ; C. Théod., c. 17, liv. 9, t. 1.

2. C. c. 18, l. 2, t. 4.

vertu d'un droit propre ; car transiger sur un droit, c'est en disposer, or on ne peut disposer que de ce qui vous appartient.

Enfin il était de principe à Rome, que la chose jugée au criminel, n'avait d'effet comme la chose jugée au civil, qu'entre les personnes qui avaient été parties au procès (1). On s'était, il est vrai, départi du principe dans plusieurs cas, et cela probablement pour des raisons d'équité : On admettait notamment que l'auteur d'un crime ne pouvait être en même temps à raison de ce crime en butte à deux poursuites criminelles différentes (2). On décidait aussi qu'en cas d'acquittement de l'accusé, le procès ne pouvait être repris par un nouvel accusateur, qu'à charge pour celui-ci de démontrer préalablement que cet acquittement avait été frauduleux (3), soit parce que cet acquittement était le fruit de la corruption du juge, soit parce qu'il était le résultat d'une collusion de la part de l'accusateur et de l'accusé. Il est aussi fort probable (les textes sont muets sur ce point) que lorsque le procès s'était terminé par la condamnation de l'accusé, une nouvelle condamnation ne pouvait être requise pour le même crime ; cela résulte par *a fortiori* de ce qui précède ; au reste la solution contraire eut été absolument inique. Mais si le premier accusateur s'était désisté, ou s'il avait

1. Dig., f. 7, p. 2, liv. 48, t. 2. — Sent. Paul, 1, 4, 6, 3. — C. c. 3, liv. 7, t. 56.

2. Dig., f. 11, p. 2, liv. 48, t. 2.

3. C. c. 3, liv. 7, t. 56.

transigé avec l'accusé, un nouvel accusateur pouvait sur-
gir, et demander la punition du coupable (1). En outre
dans le cas d'acquittement régulier, la poursuite pouvait
être reprise, si le nouvel accusateur prouvait que le crime
commis lui avait été particulièrement préjudiciable, et
qu'il avait ignoré la première accusation (2). Et les textes
donnent ces dernières solutions, comme une application
de la maxime : *res inter alios judicata, aliis nec nocet nec pro-*
dest. Donc en principe, l'accusateur et l'accusé sont répu-
tés avoir été seuls, parties au procès criminel ; or il ne
peut en être ainsi, que si l'on suppose que l'accusateur
n'agit qu'en son nom personnel, et en vertu d'un droit
qui lui est propre.

Il est cependant certains faits qui paraissent militer
en faveur de l'opinion opposée.

Le montant des amendes était attribué non pas à l'ac-
cusateur, mais au peuple Romain (3). Comment concilier
ce fait avec cette idée que l'accusateur poursuit la satis-
faction d'un intérêt personnel ?

En outre dès la fin de la République on alloua à l'ac-
cusateur une partie de l'amende (4) ; mais cette alloca-
tion, qui aurait dû être faite à titre d'indemnité, l'était
au contraire à titre de *Præmium*, de récompense, à raison
du service rendu à la société.

1. Cujas. *Commentaire sur la loi 9 au Code de Justinien*, liv. 9,

t. 2. Dig., f. 11, p. 2, liv. 48, t. 2.

2. Dig., f. 7, p. 2, liv. 48, t. 2.

3. Maynz. *Op. cit.*, 1882, p. 32.

4. Walter. *Op. cit.*, p. 100.

Enfin d'assez bonne heure on obligea l'accusateur à pousser jusqu'au bout l'instance commencée; il ne pouvait se désister qu'avec l'autorisation du Président de la *quæstio*, sinon il encourait les peines édictées pour la *Tergiversatio*, ou désistement collusoire. Le droit de l'accusateur ne lui appartenait donc pas en propre, puisqu'il ne pouvait en disposer à son gré. Cette situation ne rappelle-t-elle pas celle du gérant d'affaires, qui est tenu de poursuivre jusqu'au bout la gestion par lui entreprise ?

Il est possible d'expliquer ces faits tout en les conciliant avec cette idée, que la personne, qui accuse, agit en son nom et dans son intérêt ; voici comment :

Si le montant de l'amende était attribué non à l'accusateur, mais au peuple Romain, c'est qu'il eût été impossible de calculer le montant du préjudice individuel causé par un crime à chaque citoyen, et d'évaluer la part de l'amende qui revenait à chacun. L'accusateur au reste se trouvait indemnisé indirectement, car ce qui profitait au peuple Romain profitait à tous les citoyens, et par conséquent à chacun en particulier.

L'accusateur se trouvait donc déjà désintéressé par la condamnation, et si on lui attribuait ensuite une partie de l'amende, ce ne pouvait plus être qu'à titre de *Præmium*. Cette récompense n'avait qu'un but, amener les citoyens à protéger la société, en leur donnant un intérêt direct et immédiat, à user de leur droit de se protéger eux-mêmes.

Et si l'accusateur ne pouvait se désister à son gré, c'est

qu'on ne voulait pas, qu'un acte aussi grave qu'une accusation, qui suffit à lui seul à discréditer ceux qu'il atteint, put être accompli à la légère et impunément ; or si le désistement avait été absolument libre, l'accusateur téméraire n'aurait eu qu'à abandonner l'accusation pour éviter les peines édictées contre les calomniateurs.

En résumé, celui qui accuse, agit en son nom, dans son intérêt personnel, et seulement dans la mesure de cet intérêt ; l'accusation n'est, pour nous servir d'une expression de d'Ihéring, que la vengeance individuelle réglementée.

CHAPITRE II

QUI POUVAIT SE PORTER ACCUATEUR ?

Le droit de se porter accusateur, dit Ulpien appartient : *cui libet ex populo*. Pour Zumpt (1), qui se place à l'époque où fonctionnent les *Quæstiones Perpetuæ*, *Populus* ne désigne pas seulement les citoyens Romains, mais encore tous les sujets de Rome ; aussi considère-t-il que les Pérégrins ont le droit d'accusation. L'exigence du droit de cité n'est mentionnée nulle part, dit-il, et les rémunérations attribuées aux accusateurs montrent qu'il était loisible à chacun d'intenter une accusation judiciaire contre qui que ce fût. Cette affirmation nous paraît beaucoup trop absolue ; nous pensons en effet que, sous le rapport de l'Accusation, les Pérégrins ne furent jamais avec les citoyens sur un pied d'égalité ; ils pouvaient très certainement accuser lorsqu'il s'agissait d'un crime leur causant un préjudice direct ; mais le pouvaient-ils, s'il s'agissait d'un tout autre crime, du meurtre d'un citoyen par exemple ? — Nous ne le croyons pas, car ne faisant point partie de l'État, n'étant point citoyens, les Pérégrins ne pouvaient

1. Zumpt. *Procédure criminelle de la République Romaine*, p. 35 et 36.

se dire lésés par le crime, et l'action intentée par eux, eut manqué de fondement.

Du reste les accusations des Pérégrins, dans les cas où elles pouvaient se produire, furent pendant longtemps réglementées d'une façon spéciale. A l'origine, le pérégrin originaire d'un pays allié de Rome, victime à Rome d'un crime commis par un Romain, ou par un Pérégrin, citait le coupable à comparaître dans son pays d'origine ; Rome livrait l'offenseur à la demande du pays auquel appartenait le pérégrin offensé, pour qu'il y fût jugé et puni ; et la sentence était rendue par un tribunal composé de délégués des deux pays, une sorte de tribunal de Récupérateurs, dit Rein (1).

Puis plus tard l'accroissement de la puissance Romaine amena une transformation dans la nature des relations du peuple Romain avec les nations environnantes. Rome ne traita bientôt plus celles-ci que comme des vassales, et ne consentit plus d'extraditions (2). Comme l'accès direct des tribunaux était fermé aux Pérégrins, ceux-ci durent pour obtenir justice, s'adresser à des citoyens qui voulussent bien leur servir de patrons, et se charger de leurs plaintes (3). Il paraît que cette pratique donna lieu à des abus, et que les patrons s'occupèrent beaucoup plus de faire leurs affaires que celles de leurs clients ; aussi pour remédier à cet état de choses, n'au-

1. Rein. *Le droit criminel des Romains*, p. 174.

2. Rein. *Op. cit.*, p. 175.

3. Laboulaye. *Op. cit.*, p. 340.

lorisa-t-on à exercer les fonctions de patron que les citoyens présentant certaines garanties d'honorabilité (1). Quant aux juridictions compétentes, c'étaient, pour les procès criminels les moins graves, le tribunal du consul et celui du préteur pérégrin (2); et pour les plus importants, le Sénat. Cette dernière juridiction connaissait notamment des procès de concussion intentés par les provinciaux contre les gouverneurs de provinces; or son indulgente (3) partialité à l'égard de cette catégorie d'accusés, fut la cause d'une réforme considérable dans l'organisation de la justice criminelle. C'est en effet pour remédier à cette situation fâcheuse, qu'en l'an 605 de la fondation de Rome, le tribun *Calpurnius Piso* obtint d'un vote populaire la création de la première *quæstio perpetua*, la *quæstio Calpurnia de pecuniis repetundis*, destinée à statuer sur les concussions des magistrats. Cette innovation réalisa dans la situation des Pérégrins une double amélioration, car outre qu'elle leur permit de se faire rendre justice, elle les autorisa à accuser directement sans être obligés de recourir à des intermédiaires. Le développement ultérieur de l'institution des tribunaux permanents tendit encore, à ce dernier point de vue, à assimiler les

1. Voir notamment la loi Servilia, c. 4.

2. Zumpt comme Rein admet la compétence du préteur pérégrin; M. de Bœck (*le Préteur pérégrin*, p. 66 et s.) soutient au contraire que le préteur pérégrin n'eut jamais que la juridiction civile.

3. Maynz. *Op. cit.*, 1882, p. 1 et 2.

citoyens et les Pérégrins. Toutefois nous ne croyons pas, et cela pour les raisons que nous avons indiquées, que les Pérégrins aient jamais pu se porter accusateurs à l'occasion de crimes ne leur causant pas un préjudice direct et immédiat.

Le droit d'accusation dans toute sa plénitude était donc en somme une des prérogatives attachées à la qualité de citoyen. Tout citoyen, en effet, pouvait se porter accusateur, et celui-là seulement ne pouvait le faire à qui un texte de loi en avait retiré le droit (1). La capacité était la règle, et l'incapacité l'exception ; aussi, comme le dit Macer dans un fragment inséré au Digeste (2), pour savoir quels étaient ceux qui pouvaient accuser, il suffit de connaître ceux qui ne le pouvaient pas.

Quelles étaient alors les incapacités en matière d'accusation ? Les unes étaient absolues, les autres relatives, en ce sens que les personnes frappées des premières ne pouvaient intenter quelque procès criminel que ce fût, tandis que les personnes frappées des secondes n'étaient privées de leur droit d'accusation que dans certains cas particuliers. C'est, croyons-nous, la seule classification qu'on puisse donner de ces incapacités, car elles reposent sur les fondements les plus divers.

1. Dig., f. 8, pr., liv. 48, t. 2.

2. Dig., f. 8, l. 48, t. 2.

SECTION I

Incapacités absolues.

Les incapacités absolues sont de beaucoup les plus importantes et les plus nombreuses.

I. — *Femmes.*

Les femmes ne pouvaient accuser, et cela à raison de leur sexe, dit Macer (Dig. f. 8, liv. 48, t. 2); leur sexe aussi les empêchait de postuler (Dig., f. 1, p. 5, l. 3, t. 1), mais cette seconde incapacité n'était point la cause de la première, car l'accusateur ne postulait point, nous l'avons vu. Cependant toutes deux avaient été édictées dans le même esprit, et tendaient au même but : fermer le plus possible aux femmes l'accès des tribunaux, afin d'éviter le trouble et le scandale qu'elles y avaient portés (1). Mais de même qu'on n'était point allé jusqu'à leur défendre de saisir les tribunaux civils des litiges où leurs intérêts étaient engagés, on n'osa point leur interdire de poursuivre la répression des crimes à la punition desquelles elles étaient particulièrement intéressées, à raison du préjudice éminemment personnel que ces crimes leur avaient causé (2). C'est ainsi qu'une femme accusait valablement

1. Gide. *la Femme*, p. 172.

2. Dig., f. 11, pr., liv. 48, t. 2.

en vertu de la loi *Cornelia* l'auteur d'une falsification de testament, quand cette falsification avait pour effet de la priver du bénéfice d'une institution ou d'un legs (1). Il n'était même pas nécessaire pour agir que la femme eut été lésée dans sa personne ou dans ses biens, il suffisait qu'elle l'eut été dans ses affections les plus chères. C'est ainsi qu'une femme put toujours accuser celui qui avait mis à mort son père ou sa mère, l'un de ses enfants, son patron, sa patronne, leur fils ou leur petite-fille (2) ; d'une façon plus générale, elle pouvait venger la mort de ceux contre lesquels on ne pouvait la contraindre à témoigner dans un procès criminel (3).

Il y avait cependant deux cas où la femme n'avait point un intérêt direct au procès, et où cependant elle pouvait accuser, c'était d'abord dans le cas du *crimen suspecti tutoris* ; la gestion d'un tuteur quelconque était-elle entachée de fraude ou de négligence grave, la femme pouvait poursuivre la destitution et la condamnation de ce tuteur (4). C'était ensuite dans l'hypothèse de crimes en matière de subsistances (5). Dès la fin de la République, on avait songé à assurer le service des approvisionnements, *cura annonæ*, et l'on nomma des fonctionnaires, *œdiles ce*

1. C. c. 5, liv. 9, t. 1.

2. Dig., f. 1, liv. 48, t. 2.

3. Dig., f. 2, liv. 48, t. 2 ; f. 4 et 5, liv. 22, t. 5. Ces personnes étaient les parents et les alliés les plus proches de la femme.

4. Dig., f. 1, pr., liv. 26, t. 10.

5. Dig. f. 13, liv. 48, t. 2.

riales, remplacés sous Auguste par le *præfectus annonæ*, avec mission de veiller à l'approvisionnement de Rome, et à la vente des denrées à des prix modérés. Le fait de retarder l'arrivée des denrées et le fait de former des coalitions destinées à faire monter le prix des subsistances, constituaient des crimes punis par la loi *Julia de Annona* (1), et dont la connaissance était attribuée au préfet de l'*Annone*. C'est lorsqu'il s'agissait de ces crimes que l'incapacité de la femme disparaissait, et les textes donnent pour raison de cette dérogation à la règle, le grand intérêt qu'il y avait pour la société à ce que de pareils crimes fussent punis.

II. — Mineurs.

Cette incapacité se justifie sans peine ; on ne voulait pas qu'un acte aussi grave qu'une accusation criminelle fût permis à des personnes ayant aussi peu de discernement. Cependant, les mineurs pouvaient accuser, quand il s'agissait d'un crime les atteignant directement dans leur personne ou dans leurs biens, ou de l'assassinat de leurs parents les plus proches (2) ; encore, leur fallait-il le *consilium* de leur tuteur, ou de leur curateur. Le *consilium* n'était probablement à l'origine qu'un simple avis conforme. Mais il paraît que dans la suite, afin de protéger les mineurs contre leur propre inexpérience et leurs emportements juvénils, on exigea des tuteurs et curateurs

1. Dig., f. 2, pr, et p. 1, liv. 48, t. 12

2. Dig., f. 2 et 11, l. 48, t. 2.

qu'ils les assistassent véritablement au procès ; c'est du moins ce qui semble résulter d'une constitution de Justilien (1).

Mais le tuteur ou le curateur aurait-il pu intenter l'action criminelle au nom du mineur ? Pouvait-il le représenter dans un procès criminel, comme on l'avait admis à le représenter dans un procès civil ? La loi 2 au Code, livre 9, titre 1, semble trancher la question dans le sens de la négative. Cette loi est ainsi conçue : *Si cautiones quibus Secundinus solutam Eugenio pecuniam probare se dicit, tutores vel curatores tui suspectas ut falsas habent, proprio nomine (cum non liceat alieno) non prohibentur in crimine falsi subscribere : Nec crimen facile vel tutores, vel curatores, qui ex officio periculo suo res pupillorum, vel adolescentium administrant, sententia notantur, nisi evidens eorum calumnia judicanti apparebit.* Ce texte dit d'une façon bien formelle, que si un mineur a été victime d'un crime, le tuteur ne peut poursuivre la répression de ce crime qu'en son nom personnel. Et cependant la loi 2 au Code, l. 6, t. 35, et la loi 22 au Digeste. l. 34, t. 9, disent tout le contraire. Où est la vérité ? Pour Cujas (2), elle est dans les deux derniers textes que nous venons de citer ; et d'après lui, dans la loi 2 au Code, l. 9, t. 1, ce n'est pas *proprio nomine* qu'il faut lire, mais *Pupilli nomine* ; car *proprio nomine*, dit-il, cela est évident, puisque le droit d'accusation appartient à tous ; et

1. G. c. 4, l. 5, t. 59.

2. Cujas. *Commentaire de la loi 2, c., l. 9, t. 1.*

si le tuteur a agi *nomine proprio*, il est faux de dire qu'il n'encourt pas l'infamie, lorsqu'il a intenté une accusation calomnieuse. La contradiction disparaît au contraire si on lit *Pupilli nomine*, et le sens du texte est alors celui-ci : Le tuteur peut agir au nom du pupille, et je le dis, parce qu'en principe, on ne peut agir au nom d'autrui ; on comprend alors très bien que l'infamie ne soit encourue par le tuteur, que si sa mauvaise foi est évidente.

On a fait à cette interprétation de Cujas les objections suivantes : Il n'y a pas contradiction entre la loi 2 au code l. 9, t. 1 d'une part, et les lois 2 au Code, l. 6, t. 35, et 22 au Digest, liv. 34, t. 9, de l'autre ; car si ces derniers textes, parlent d'actions intentées par le tuteur dans l'intérêt du mineur, rien ne prouve que ces actions aient été intentées par le tuteur au nom du pupille.

Et alors même que les actions auraient été intentées par le tuteur au nom du mineur, comme dans la loi 2 au code l. 6, t. 35 et dans la loi 22 au Digeste, l. 34, t. 9, il s'agit d'actions, non point criminelles mais civiles, ces deux lois laissent intactes la décision de la loi 2 au code l. 9, t. 1, d'après laquelle le tuteur ne peut agir au criminel dans l'intérêt de son pupille, qu'en son nom personnel.

Mais Cujas répondit à la première de ces objections, que si le tuteur avait agi dans l'intérêt du pupille, il avait aussi agi au nom de celui-ci : car agir pour soi et en son nom sont synonymes, de même qu'agir pour autrui, c'est agir au nom d'autrui. Et il réfuta la seconde

en disant que si dans la loi 2 au Code, l. 6, t. 35, il pouvait à la rigueur s'agir d'une action civile, très certainement dans la loi 22 au Digeste, liv. 34, t. 9, il n'était question que d'une action criminelle, et que l'hypothèse visée par cette loi était bien celle d'un tuteur intentant une action criminelle au nom de son pupille.

Telles sont les controverses auxquelles donnait lieu à l'époque de Cujas, la question que nous nous sommes posée. Nous pensons que la solution que lui donnait le grand jurisconsulte est celle qui doit être adoptée.

III. — *Fils de famille.*

Il est dit dans les lois 6 par. 2, et 37 au Digeste, liv. 48, t. 5, que le fils de famille marié peut, contre le gré de son père, intenter une accusation d'adultère contre sa femme. On en a conclu qu'en dehors de cette hypothèse, le consentement du père était nécessaire, pour que le fils de famille pût accuser (1).

Cette induction nous paraît un peu trop hardie ; on peut avec beaucoup de vraisemblance affirmer d'après ces textes que l'accusation d'adultère ne peut en principe être intentée par un fils de famille qu'avec le consentement de son père ; mais nous croyons qu'il serait arbitraire d'aller plus loin, surtout en présence de certains autres textes du Digeste. *Filiusfamilias*, dit la loi 9, liv. 1, t. 6, *in publicis causis, loco patrisfamilias habetur*. Et

1. Matthæus. *Commentaire des livres 47 et 48 du Digeste*, p. 599.

nous voyons dans la loi 5, p. 5, liv. 34, t. 15, une accusation relative à une falsification de testament, valablement intentée par un fils de famille contre le gré de son père.

Maintenant pourquoi le fils de famille, qui en principe était capable d'accuser, devait-il pour le cas d'adultère, se munir de l'autorisation de son père ? C'est ce qu'il nous paraît très difficile de préciser.

IV. — Militaires.

Les militaires ne peuvent se porter accusateurs, dit Macer (1), *propter sacramentum*, c'est-à-dire à cause du serment prêté par eux. Les soldats Romains s'engageaient par simple promesse à l'origine, puis à partir de la deuxième guerre Punique, sous la foi du serment, à se rassembler au premier ordre, et à ne pas s'éloigner sans une permission (2). Pourquoi ce serment aurait-il entraîné une incapacité ? c'est ce que nous ne comprenons guère ; aussi croyons-nous qu'il y avait plutôt là un obstacle de fait qu'une véritable incapacité.

Les vétérans se trouvant déliés de leur serment, il ne pouvait être question pour eux d'un empêchement de ce genre (3).

1. Dig., f. 8, liv. 48, t. 2.

2. Tite-Live. liv. 22, ch. 38.

3. Matthæus. *Commentaire des livres 47 et 48 du Digeste*, p. 600.

V. — *Magistrats.*

Les magistrats n'étaient pas tous frappés de cette incapacité. N'étaient incapables d'accuser, que ceux-là seulement qui ne pouvaient être eux-mêmes accusés (1). Tel était le *criterium*. Comme le montre très bien Zumpt (2), une pareille distinction n'avait pas toujours existé. Dans les temps reculés où les magistrats jugeaient les procès criminels, on n'eut pas compris que l'un d'eux se fût porté accusateur devant un autre magistrat, puisqu'il pouvait citer le criminel devant son propre tribunal; aussi un magistrat ne s'adressait-il à l'un de ses collègues, que s'il s'agissait d'un crime lui ayant causé un préjudice personnel, voulant par là montrer son impartialité. Puis apparurent les *Quæstiones perpetuæ*; les magistrats sans distinction aucune purent s'y porter accusateurs, car aucune loi ne les en déclarait incapables. Mais l'opinion publique était favorable à cette idée que l'accusateur et l'accusé devaient autant que possible se trouver sur un pied d'égalité; or lorsque l'accusateur était de par ses fonctions à l'abri de toute accusation, et par conséquent protégé contre tout recours de la part de l'accusé diffamé, on considérait que la partie n'était plus égale, et l'on trouvait fâcheux qu'une pareille situation pût se produire. Le sentiment public finit par recevoir la consécration légale; mais à quelle époque, c'est ce

1. Dig., f. 8, liv. 48, t. 2.

2. Zumpt. *Op. cit.*, p. 47 et 48.

qu'il est difficile de déterminer. Tout ce que nous pouvons dire c'est qu'au premier siècle de l'Empire, la distinction que nous avons indiquée plus haut n'est pas encore admise ; un texte de Tacite est là pour le prouver (1).

Mais quels étaient les magistrats que l'on ne pouvait accuser ? Il y avait à Rome deux catégories de magistrats ; les magistrats *maiores*, c'étaient ceux qui avaient l'*imperium* ou la *potestas* et les magistrats *minores*, c'étaient ceux qui n'avaient ni l'*imperium*, ni la *potestas* (2) ; ceux-ci seuls pouvaient être accusés pendant la durée de leurs fonctions ; ils pouvaient donc intenter une action criminelle. Les magistrats *maiores* au contraire ne pouvaient être mis en accusation pendant toute la durée de leurs fonctions ; il n'y avait donc qu'eux qui fussent, pendant cette même période de temps, privés de la capacité d'accuser.

VI. — *Pauvres.*

Il y en a, dit Macer dans le fragment 10 au Digeste, livre 48, titre 2, qui ne peuvent accuser à raison de leur pauvreté. Étaient pauvres à ce point de vue, tous ceux dont la fortune n'était pas au moins de 50 *aurei*. On craignait que ces personnes n'intentassent de poursuites criminelles, que dans le but d'obtenir le *præmium* attaché au succès de l'accusation ; ou que n'ayant pour ainsi dire pas de biens, et ne redoutant pas dès lors d'en être pri-

1. Tacite. *Annales*, l. 4, ch. 49.

2. Dig., f. 32, liv. 47, t. 10.

vés, elles n'hésitassent point à intenter une accusation calomnieuse (1).

VII. — *Infâmes.*

Cette incapacité se justifiait d'elle-même (2). Une accusation criminelle suffisant à compromettre la réputation d'une personne, on voulait qu'il ne pût se produire que des accusations sérieuses ; aussi faisait-on en sorte que le droit d'accusation ne fût accessible qu'aux individus présentant des garanties d'honorabilité et de sincérité.

L'infamie était attachée à certains faits ou résultait de certaines condamnations.

Les faits engendrant l'infamie étaient : l'exercice de professions honteuses, telles que celle de comédien, celle de gladiateur, le commerce d'esclaves, l'exploitation d'une maison de débauche ; l'expulsion ignominieuse de l'armée ; la contravention aux lois sur le deuil ; la bigamie ; la *venditio bonorum* ; l'état de contumace en cas de *crimen publicum* ; le fait d'être le fils d'un individu coupable du crime de lèse-majesté, etc.

Parmi les condamnations entraînant l'infamie les unes émanaient de tribunaux civils, comme celles intervenues sur l'action *furti*, sur l'action *vi bonorum raptorum*, sur l'action d'injures, sur l'action de dol, sur l'action *pro socio*, sur les actions directes de mandat et de dépôt ; les autres émanaient de tribunaux criminels. Toutes les

1. Matthæus. *Op. cit.*, p. 601.

2. Dig., f. 8, liv. 48, t. 2.

condamnations prononcées au criminel n'entraînaient point l'infamie ; celles qui étaient intervenues à la suite d'une *cognitio extraordinaria* notamment, ne l'avaient qu'exceptionnellement pour conséquence (1). Mais en était-il de même dans les *judicia publica* ? Il semble au premier abord qu'au point de vue spécial qui nous occupe la question n'ait point d'intérêt, puisqu'en vertu du fr. 4 au Digeste, liv. 48, t. 2, tout individu condamné dans un *judicium publicum* est par cela même déchu du droit d'accuser. Mais ce texte d'Ulpien doit être corrigé par un autre texte du même jurisconsulte, le fr. 5, p. 1 au Digeste, au titre de *publicis judiciis*, duquel il résulte qu'une condamnation n'implique déchéance du droit d'accuser, que si elle édicte la perte de la liberté, ou même simplement celle de la cité. Dès lors il y a lieu de se demander si le condamné qui est toujours libre et citoyen, ne serait point privé de la faculté d'intenter une accusation, parce que la condamnation prononcée contre lui aurait entraîné l'infamie.

Originellement, l'infamie n'est attachée qu'aux condamnations pour *calomnia* ou *prævaricatio* ; *notatur qui in judicio publico calomniæ prævaricationisve causa quid fecisse judicatus erit* (2), dit l'édit du préteur ; mais peu à peu cette décision se généralisa, et à l'époque de Macer déjà, toute condamnation intervenue sur un *judicium publicum* entraîne l'infamie.

1. Dig., f. 7, liv. 48, t. 1.

2. Dig., f. 1, liv. 3, t. 2.

Telles sont les causes de l'infamie ; elles sont nombreuses, comme on le voit ; aussi l'infamie constitue-t-elle une des sources les plus importantes de l'incapacité d'accuser.

VIII. — *Personnes condamnées pour crimes de Faux Témoignage, d'Accusation calomnieuse, de Prævaricatio* (1).

Cette incapacité ne se confond point avec la précédente, car quelle que soit la façon dont on traduise l'Édit du préteur : *Notatur qui in judicio publico calomniæ prævaricationisve quid fecisse judicatus erit*, il est toujours possible de trouver un cas dans lequel un individu aura été condamné pour calomnie, ou prévarication, et ne sera point infâme. Ce texte en effet signifie-t-il : est infâme celui qui a été condamné dans un *judicium publicum* pour prévarication ou calomnie ; ou bien a-t-il ce sens : est infâme celui qui est condamné pour s'être rendu coupable dans un *judicium publicum* de calomnie ou de prévarication ; dans ce dernier cas si l'infamie ou la prévarication a été commise dans une *Cognitio extraordinaria* le condamné n'est pas infâme ; et il ne l'est pas non plus dans le premier, si c'est à la suite d'une *Cognitio extraordinaria* que sa condamnation a été prononcée. Eh bien, ce condamné pour prévarication ou calomnie, est cependant incapable d'accuser. Cela résulte, selon nous,

1. La *Prævaricatio* consiste à dissimuler les charges qui pèsent sur l'accusé, ou encore à accepter de mauvaises excuses.

des lois 5 au Digeste, liv. 47, t. 5, et 9 au Digeste. liv. 48, t. 2; ces lois en effet, édictent l'incapacité d'une façon générale, sans faire de distinction, et sans s'inquiéter du point de savoir si le condamné est frappé d'infamie, ou quelle juridiction a prononcé la condamnation.

IX. — *Personnes présumées trafiquer de leur droit d'Accusation.*

A Rome, il était déshonorant de faire métier d'accusateur; le droit d'accusation était considéré comme un moyen de se venger, mais non point de s'enrichir; aussi cherchait-on à écarter du prétoire les accusateurs de profession. Et dans ce but, on déclarait incapable d'accuser, celui qui avait reçu de l'argent à cet effet (Dig., f. 8, liv. 48, t. 2); ou celui qui avait reçu de l'argent pour se taire (Dig., f. 8, liv. 48, t. 2). Il n'était même pas nécessaire que le fait fut flagrant, il suffisait qu'il fut vraisemblable. C'est ainsi que celui qui était en même temps accusateur dans deux procès criminels différents, ne pouvait intentar une troisième accusation (Dig., f. 8, liv. 48, t. 2; f. 12, p. 2, liv. 48, t. 2; f. 6, p. 3, liv. 48, t. 5; C. c. 16, liv. 9, t. 1); on induisait de ce concours de circonstances, que le but de cet accusateur n'était autre que la réalisation d'un gain honteux; cela suffisait pour que sa demande fut rejetée.

X. — *Personnes sous le coup de poursuites criminelles.*

Celui qui est sous le coup de poursuites criminelles ne peut intenter quelque accusation que ce soit, tant que le

jugement n'est pas intervenu (1) ; voilà le principe. Puis s'il est absout, ou si la condamnation prononcée contre lui n'a pas pour conséquence de le rendre incapable d'accuser, il redevient alors pleinement capable de le faire.

Mais à quel moment précis celui qui est sous le coup d'une accusation criminelle, perd-il le droit d'accuser lui-même ? Il semble résulter des textes que c'est au moment où il est *delatus* (2). Nous verrons au chapitre suivant que tout procès criminel débutait par une requête adressée au président du tribunal par l'accusateur, et tendant à ce que ce dernier fût admis à intenter une poursuite criminelle. Si la requête était agréée, l'accusateur faisait alors connaître publiquement le nom du coupable et la nature du fait délictueux ; c'était la *nominis delatio*, à laquelle du reste l'auteur prétendu du crime était convoqué. Celui-ci se trouvait donc *delatus* par le fait même de la *nominis delatio* : c'est donc à partir du moment où la plainte avait été publiquement formulée contre lui, qu'il ne pouvait plus intenter d'accusation. Sous l'Empire où, comme nous le verrons au chapitre suivant, la *nominis delatio* disparaît, ou plutôt se confond avec la *suscriptio libelli*, c'est à partir de cette *suscriptio* que l'incapacité est encourue.

Et cependant l'incapacité n'est pas absolument complète, car l'accusé a encore le droit d'intenter une poursuite criminelle, pourvu que ce soit à raison d'un crime

1. Dig., f. 5, liv. 48, t. 1.

2. Dig., f. 2, p. 4, liv. 48, t. 5.

plus grave que celui dont il est accusé (1). Il peut le faire, même après la *suscriptio libelli* (*tametsi prior inscriptionem deposuisti*, c. 1. C. l. 9, t. 1); et aussi croyons-nous, à quelque moment de l'instance criminelle que ce soit, car aucun texte, à notre connaissance, ne fixe de délai pour l'exercice de ce droit. Il peut accuser d'un crime plus grave son accusateur lui-même, et dans ce cas la contre-accusation produit un singulier effet : elle peut arrêter la première poursuite, car le juge peut décider qu'il ne sera statué sur celle-ci, qu'après qu'il l'aura été sur l'accusation intentée par l'accusé.

Mais en dehors de là, la règle était que celui qui était accusé ne pouvait intenter de poursuites criminelles. Pourquoi ? Peut-être redoutait-on que les accusés ne profitassent de leur situation, pour satisfaire leurs haines et diffamer des innocents. Les calomniateurs, en effet, n'encourraient que la peine du talion. Les accusés n'auraient alors risqué que de se voir frappés, tout au plus d'une peine, que leur réservait l'accusation déjà dirigée contre eux ; ils n'auraient alors pas craint par une accusation injuste d'empirer leur situation. — Voilà probablement ce qu'on voulait éviter.

Telles sont les incapacités absolues en matière d'accusation, que nous trouvons relatées dans les textes (2). Ceux

1. C. c. 1 et 19, liv. 9, t. 1.

2. Il y avait des faits délictueux pour lesquels le droit d'accusation était soumis à des règles spéciales ; tel était par exemple

qui en étaient frappés, ne pouvaient en principe intenter un procès criminel, quel qu'il fût ; et cependant dans certains cas il pouvait se faire qu'on les autorisât à formuler une accusation. C'était lorsqu'il s'agissait de crimes leur ayant causé un préjudice personnel, ou du meurtre de leurs proches parents (Dig., f. 11, liv. 48, t. 2.). C'était encore dans le cas de crimes de lèse-majesté, ou de délits en matière de subsistances. Tout le monde alors pouvait accuser, même l'infâme (Dig., f. 13, liv. 48, t. 2) ; même l'esclave, qui pouvait poursuivre le meurtrier de son maître (C. c. 1, l. 1, t. 19), et son maître lui-même, quand celui-ci s'était rendu coupable de la suppression d'un testament dans lequel l'esclave était affranchi (Dig., f. 7, liv. 48, t. 10), ou quand il avait commis un crime relevant du tribunal du préfet de l'annone (Dig., f. 1, liv. 48, t. 2.), ou encore quand un crime de lèse-majesté lui était imputable (Dig., f. 7, p. 2, liv. 48, t. 4).

Tout cela se justifie parfaitement : si les individus même les plus indignes étaient admis à poursuivre la répression des crimes les ayant atteints personnellement, c'est que s'ils n'avaient pu le faire, ces crimes fussent fort souvent restés impunis, puisque personne n'était spécialement chargé de la protection de ces incapables. Enfin si dans le cas de crime de lèse-majesté, ou de délit en matière de subsistances, le droit d'accusation était accessible, même à l'esclave, c'est qu'on voulait par tous le délit d'adultère ; il ne rentre pas dans le plan de notre étude de raiter de ces particularités.

les moyens possibles assurer la répression de ces crimes, qu'on considérerait comme particulièrement graves (Dig., f. 13, liv. 48, t. 2).

SECTION II

Incapacités relatives.

Elles étaient toutes basées sur des considérations de décence et de moralité publiques.

C'est ainsi qu'un père ne peut accuser son fils que dans le cas où celui-ci a tenté de lui donner la mort (1).

Un frère au contraire ne peut accuser son frère ou sa sœur qu'à raison de crimes de peu de gravité (2).

On ne peut accuser celui qui vous a élevé (3) ; et l'accusateur, si une pareille accusation se produit, doit être mis à mort au début même du procès.

L'affranchi n'a pas le droit d'accuser son patron ou ses héritiers, s'il le fait cependant, il encourt les peines édictées contre l'esclave délateur de son maître (4).

Ces incapacités sont toutes édictées au Code ; il est probable qu'elles n'apparurent qu'assez tard, à une époque où la famille étant complètement désorganisée, il fallut des lois pour obliger ses membres à s'abstenir de ce que l'affection et le lien de parenté leur défendaient

1. C. c. 14, liv. 9, t. 1.

2. C. c. 13 et 18, liv. 9, t. 1.

3. C. c. 17 et 20, liv. 9, t. 1.

4. C. c. 21, liv. 9, t. 1.

de faire, et pour les empêcher d'étaler en plein jour les plaies domestiques.

Ce sont, avons-nous dit, des incapacités relatives; ceux qu'elles atteignaient en effet, n'étaient privés de leur droit d'accusation qu'à l'égard de certaines personnes.

De sorte que, en matière d'accusation, la capacité étant la règle, et l'incapacité l'exception, tout individu qui ne se trouvait pas en présence de l'une de ces personnes qu'il ne pouvait pas poursuivre, et qui de plus n'était pas frappé de l'une de ces incapacités absolues que nous avons signalées plus haut, ne pouvait se voir dénier le droit d'agir au criminel.

Mais était-il nécessaire que l'accusateur restât capable pendant toute la durée du procès? Non, car il résulte de la loi 5. p. 2 au Digeste, liv. 48, t. 1, qu'il suffisait qu'il l'eût été jusqu'à ce que l'accusation fût *incohata*; et la privation de la liberté, ou la perte de la cité survenant ensuite, n'empêchait pas le procès de suivre son cours. — Mais à quel moment pouvait-on dire l'accusation *incohata*? L'accusation est *incohata*, dit Cujas, lorsqu'elle est *προκαταρχθείσα*, *fundata, proposita, contestata*. Or ces termes explicatifs ne sont pas plus clairs que celui qu'ils ont la prétention d'expliquer. Nous pensons qu'il faut donner au mot *incohata* son sens normal; l'accusation *incohata*, c'est l'accusation commencée; or l'accusation n'existe à proprement parler (c'est un point, dont la démonstration

1. Cujas. *Commentaire de la c. 1 au Code*, liv. 9, t. 1.

trouvera sa place naturelle au chapitre suivant) que lorsque la requête de l'accusateur ayant été agréée, celui-ci a fait connaître la nature du fait délictueux, et le nom de celui qui s'en est rendu coupable. L'accusation commence donc avec la *nominis delatio* (1). — Par conséquent les modifications dans la capacité de l'accusé, qui sont sans influence sur le sort du procès, sont celles qui se produisent postérieurement à la *nominis delatio*.

Avant déterminer ce chapitre, il nous faut appeler l'attention sur le point suivant : il est des textes qui déclarent certaines personnes incapables de *deferre*, notamment les vétérans (l. 18, 1. Dig., liv. 49, t. 14) et les *virī clarissimi* (l. 18, p. 1, Dig. liv. 49, t. 14). Ces personnes étaient-elles donc incapables d'accuser ? — Pas le moins du monde. A l'époque de la République, il est vrai, *deferre* et *accusare*, *delator* et *accusator* sont synonymes ; la *delatio*, qui est un des incidents de la procédure d'accusation désigne souvent l'accusation elle-même (2). Mais sous l'Empire, et dans les textes du Digeste ou du Code, le sens de ces mots s'est modifié. Le *delator* n'est plus l'accusateur, c'est celui qui dénonce au fisc les biens vacants (3) ; telle est la signification de ce mot au Code de Justinien, dans le titre qui a pour rubrique, *de delatoribus*. Tandis que les fonctions d'accusateur sont honorables,

1. Ou sous l'empire avec la *suscriptio libelli*.

2. Pierre Ayrault. *L'ordre, formalité, et instruction judiciaire dont les anciens grecs et romains ont usé*, p. 285 et suiv.

3. Paul. *Sentences*, liv. 5.

celles de délateur sont infamantes (1), et cela explique que celles-ci soient interdites aux personnes illustres et aux anciens soldats. — Quelquefois encore, on appelle délateur, celui qui secrètement, sans se faire connaître, dénonce au magistrat l'auteur d'un crime; c'est ce genre de délation que punit la loi 4 au Code Théodosien, titre *de delatoribus*. — Enfin *deferre* n'est plus guère employé dans la compilation de Justinien, comme synonyme *d'accusare* que lorsqu'il s'agit d'accusations intentées par des esclaves, dans les très rares cas où ceux-ci pouvaient accuser : *Servi quoque deferentes audiuntur*, disent le fr. 13 au Digeste, liv. 48, t. 2, et le fr. 7, p. 2, liv. 48, t. 4. La poursuite criminelle intentée par un esclave était donc désignée par un terme infamant; il semble qu'on ait voulu par là, en cette matière comme en toute autre, tracer une ligne de démarcation profonde entre l'esclave et le citoyen.

Tels sont les différents sens du mot *deferre*; *deferre* n'est donc plus au Digeste et au Code le synonyme *d'accusare*; c'est pourquoi l'on aurait tort de considérer comme incapables d'intenter une accusation ceux que les textes déclarent simplement incapables de *deferre*.

1. Dig., l. 18, p. 5, liv. 49, t. 4. — C. c. 3, liv. 9. t. 35.

CHAPITRE III

COMMENT S'EXERÇAIT LE DROIT D'ACCUSATION ?

Nous avons dit dans notre premier chapitre que le principe de l'accusation populaire existait vraisemblablement avant l'apparition des Questions perpétuelles, et que ce principe recevait probablement son application, dans les cas où la juridiction compétente n'était pas celle du peuple. Quant à la procédure de l'accusation populaire à cette époque reculée, aucun document ne nous permet de dire ce qu'elle était. Aussi pour répondre à la question qui forme la rubrique de ce chapitre, n'envisagerons-nous que la période de temps où fonctionnèrent les Questions perpétuelles, et celle qui a suivi la disparition de ces tribunaux.

La loi *Calpurnia de pecuniis repetundis* est celle qui créa la première *quæstio perpetua*, en lui assignant pour mission de juger les crimes de concussion ; mais elle ne contenait aucune règle sur le mode et la forme de la réclamation (1). Ce fut le Sénat, qui pour répondre au vœu de la loi, détermina la composition du tribunal et fixa la procédure à employer. Cette procédure fut à l'origine pu-

1. Zumpt, *Le droit criminel de la République Romaine*, t. 2, p. 32 et s.

rement civile, car le procès était introduit par la *legis actio sacramenti*, et il n'y a jamais eu place pour la *legis actio sacramenti* dans un *Judicium publicum* (1) ; de plus l'accusation intentée devant ce tribunal se réduisait à une simple action en restitution. Peu de temps après fut rendue la loi *Junia de repetundis*. Quel était son objet ? et qu'ajoutait-elle à la loi *Calpurnia* ? C'est ce qu'il est impossible de dire (2). Mais ce qui est bien certain, c'est que la loi *Acilia repetundarum*, rendue en l'année 631 ou 632 de la fondation de Rome (3) vint modifier la procédure des procès de concussion, et donner à l'instance le caractère de *Judicium publicum* ; et dès lors il n'y eut plus de *sacramentum* ni de condamnation à une simple restitution (4). Les grandes lignes de cette nouvelle procédure furent reproduites dans les lois postérieures qui organisèrent de nouvelles Questions perpétuelles, et sous l'Empire, la loi *Julia judiciorum publicorum* vint édicter des mesures applicables à tous ces tribunaux (5). Ce sont ces caractères communs qu'il nous faut retracer, mais seulement en ce qui concerne la procédure de l'accusation.

Celui qui veut intenter une accusation, *petit* ou *postulat*, c'est-à-dire qu'il adresse au préteur chargé de pré-

1. Zumpt. *Commentatio de legibus judiciisque repetundarum*, part. I, p. 12.

2. Zumpt. *Op. cit.*, p. 14.

3. Rudorff. *Ad legem Aciliam de pecuniis repetundis commentatio*.

4. *Lex Acilia*, c. 19, liv. 59.

5. Walter. *Op. cit.*, p. 74.

sider le tribunal, de la compétence duquel relève le fait incriminé, une requête tendant à ce qu'il soit autorisé à accuser (1). Il s'adresse, disons-nous, au président de la *quæstio* compétente. Celle-ci doit être compétente *ratione materiæ*, et *ratione personæ* ou *loci*. *Ratione, materiæ* ; le crime doit être de ceux pour le jugement desquels la *quæstio* a été créée. — *Ratione personæ* ou *loci* ; sous la République, on ne connaît que la compétence *ratione personæ*, les tribunaux de Rome ne peuvent juger que les criminels dont la résidence est en Italie : mais sous l'Empire cette compétence disparaît, et ces mêmes tribunaux ne connaissent plus que des crimes commis en Italie, quelle que soit la résidence de leurs auteurs (2). — C'est au Président de la question à voir si la plainte est portée devant le tribunal compétent ; il examine en outre si elle lui paraît fondée, et si le requérant est capable ; et d'après le résultat de ses investigations, il agrée ou rejette la demande d'accusation. Dans le cas où la demande est agréée, et où il y a plusieurs demandeurs, un débat s'élève entre ceux-ci, à l'effet de faire décider par qui sera soutenue l'accusation ; c'est la *divinatio*. Le litige est porté devant un tribunal présidé probablement par le président de la *quæstio* saisie, et composé de juges qui peuvent se retrouver parmi les jurés appelés à statuer sur le procès criminel (3). Il est certains principes dont les

1. Dig., f. 5, f. 11, p. 4, 8, 10, liv. 48, t. 5.

2. Geib. *Histoire de la procédure criminelle romaine*, p. 489, et 490

3. Maynz, *op. cit.*, 1882, p. 7, note 22.

juges doivent s'inspirer pour la reddition de ce jugement préparatoire ; ils doivent, dit Cicéron (1), choisir celui que les victimes préfèrent, et celui que l'accusé redoute le plus. Quant à ceux qui ont été éliminés, ils peuvent s'adjoindre à celui qui les a exclus, le surveiller, suppléer à ses défaillances, et empêcher toute entente frauduleuse entre l'accusé et lui.

Celui auquel l'autorisation d'intenter la poursuite criminelle a été donnée, cite alors devant le Président de la *quæstio* celui qu'il prétend s'être rendu coupable d'un crime, et là il fait connaître publiquement quel crime a été commis, et qui il accuse d'en être l'auteur ; c'est la *nominis delatio* (2).

Puis l'accusateur accuse le prévenu, *legibus interrogat* ; dans le cas où celui-ci répond par un aveu aux questions qui lui sont posées, cela suffit, d'après M. Esmein (3), pour que la peine puisse être appliquée. Geib (4), au contraire, pense que l'aveu n'interrompt point la procédure.

Quoiqu'il en soit, et à supposer que le procès suive son cours, le préteur dresse alors un procès-verbal des termes dans lesquels l'accusateur a formulé son accusa-

1. Cicéron in *Cæcilium divinatio*, III, 10.

2. *Lex Acilia Repetundarum*, c. 1, liv. 3

3. Esmein. *Le Délit d'adultère à Rome*, p. 52. L'auteur déclare du reste que ces formes se modifièrent, et qu'il arriva une époque où l'aveu n'eut plus la même force.

4. Geib. *Histoire de la procédure criminelle romaine*, p. 373 et suiv.

tion, procès-verbal que signent l'accusateur et ceux qui l'assistent (*subscriptores*) ; c'est la *subscriptio*. Mais bientôt un nouvel usage s'introduit ; ce n'est plus le préteur, c'est l'accusateur lui-même qui rédige la *suscriptio*, ou l'*inscriptio*, ou le *libellus inscriptionis* ; c'est lui-même qui formule sa plainte par écrit. Paul nous a conservé la formule du libelle pour le cas d'adultère ; elle est insérée au Digeste au début du f. 3, liv. 48, t. 2. La voici : *Consul et dies. Apud illum prætorem vel proconsulem L. Titius professus est se Maviam lege Julia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaïo Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis, adulterium commisisse*. Comme on le voit le *libellus inscriptionis* n'est autre chose que la constatation par écrit de la *Professio* qui a été faite oralement devant le préteur.

On exige en outre, à partir d'une époque qu'il est difficile de déterminer, que le *libellus* contienne l'engagement de l'accusateur de se soumettre à la peine du *talion* pour le cas de *calumnia* ; c'est ce que les textes désignent du nom de *vinculum inscriptionis*. Non pas qu'il fut nécessaire pour que l'accusateur fut passible des peines édictées contre les calomnieurs, qu'il eut contracté cet engagement spécial, non ; cette innovation n'avait qu'un but, attirer l'attention de l'accusateur sur les conséquences que l'accusation pouvait avoir pour lui, et le détourner ainsi des accusations n'ayant pas chance d'aboutir, parce qu'elles n'étaient pas fondées (1). Aussi les

1. Dig., f. 7, pr., liv. 48, t. 2. C. Th., c. 11, liv. 9, t. 1.

personnes qui à raison de leur qualité, ou des circonstances dans lesquelles intervenait l'accusation, ne couraient pas le risque de se voir condamnées pour *calumnia*, étaient-elles dispensées d'insérer dans leur libelle, cet engagement, ce *vinculum inscriptionis*, qui dans l'espèce aurait été dépourvu de toute signification. (1).

Le libelle est conçu en termes solennels, d'après une formule déterminée, *legitime ordinatus*, et toute irrégularité dans sa rédaction, entraîne la nullité de l'accusation (2).

Le libelle doit être écrit de la main de l'accusateur ; si l'accusateur ne sait pas écrire, il le fait rédiger par un de ses concitoyens (3). Enfin il est signé par l'accusateur et les *subscriptores*.

L'accusateur, quand c'est lui qui l'a rédigé, remet le libelle au Président de la *quæstio* ; dès cet instant il ne peut modifier son accusation, s'en désister, substituer une accusation à une autre, transformer son action criminelle en une action civile (4).

Puis l'accusateur affirme sous serment qu'il agit sans esprit de chicane (5).

Quand toutes ces formalités ont été remplies, le préteur inscrit la cause au rôle du tribunal, *nomen inscribit* ou

1. C. c. 30, pr. l. 9, t. 9.

2. Dig., f. 3, p. 4, liv. 48, t. 2.

3. Dig., f. 3, p. 2, liv. 48, t. 2.

4. Cicéron, *de Inventione*, II, 19, 20.

5. *Lex Acilia Repetundarum*, ch. 8, lin. 19.

recipit ; et fixe le jour auquel l'accusé devra être assigné. Ce délai était variable, mais en général assez long ; on voulait laisser le temps à l'accusé de préparer sa défense, et à l'accusateur celui de rassembler les preuves. Cicéron, lorsqu'il accusa Verrès, demanda cent jours, afin de pouvoir aller faire son enquête en Sicile (1).

C'est en effet à l'accusateur qu'incombe la charge de faire l'enquête ; mais pour faciliter sa tâche, le prêteur lui remet une commission, une *lex*, en vertu de laquelle il l'investit de certains pouvoirs, et dont il assure la sanction, en édictant une pénalité contre ceux qui tenteraient de lui résister. En vertu de cette loi, l'accusateur peut apposer les scellés, faire des perquisitions, contraindre l'accusé à lui livrer ses *tabulæ*, ses livres, comme on dirait aujourd'hui, citer des témoins, et les obliger à venir déposer à l'audience. Voilà un particulier qui acquiert tout d'un coup des pouvoirs considérables ; mais si l'on s'étonne qu'il en soit ainsi, que l'on réfléchisse un instant aux difficultés, auxquelles se heurterait l'accusateur, s'il n'avait d'autres pouvoirs que ceux d'un simple citoyen, et l'on verra que le réduire à ses seules facultés, ce serait le mettre dans l'impossibilité de faire cette enquête, qu'on laisse à sa charge. — Au reste l'accusé ne se trouve point pour cela à la merci de son adversaire ; Plutarque nous rapporte dans la vie de Caton d'Utique : « qu'il y avait une loi permettant à l'accusé de faire surveiller l'accusateur pour voir ce

1. Cicéron, *in Verrem*, IV, 68.

qu'il se proposerait, et ce dont il voudrait se servir en son accusation, afin que l'accusé ne fut point pris au dépourvu (1). » L'accusé peut donc adjoindre à l'accusateur une sorte de garde du corps, qui le renseignera sur tous les actes de l'instruction ; celle-ci, comme on le voit, est absolument publique ; toutefois l'accusé est dans un certain rapport dans une situation inférieure à celle de l'accusateur, il peut bien citer des témoins à décharge, mais n'étant pas muni d'une *lex*, il ne peut les contraindre à venir déposer.

Au jour indiqué par le préteur pour le jugement du procès, le tribunal s'assemble, et les parties se présentent devant lui ; le héraut sur l'ordre du préteur fait l'appel des juges et s'assure de la présence de l'accusateur et de celle de l'accusé. Si l'accusateur est absent, la poursuite tombe (2) ; si c'est l'accusé, il y a lieu de faire des distinctions ; se sentant coupable, l'accusé n'a point voulu attendre la condamnation, et il s'est exilé ; dans ce cas on se borne à prononcer contre lui l'interdiction de l'eau et du feu, de sorte que son exil de volontaire devient forcé. L'accusé fait défaut, et son absence peut-être justifiée ; dans ce cas un sursis lui est accordé. Mais si l'accusé défaillant ne peut invoquer aucune excuse légitime, le procès suit son cours tout comme s'il était présent (3).

1. Plutarque. *Vie des hommes illustres*, Caton d'Utique, c. 33.

2. Cicéron, *in Verrem*, II, 40.

3. Cicéron, *ibid*, II, 2, 17.

Puis le préteur procède à la constitution du tribunal. Comment se recrutaient les membres de la *quæstio*? D'après quelles règles composait-on le jury de chaque affaire? Ce sont des points qui n'ont qu'un rapport éloigné avec la question que nous traitons, et que pour ce motif nous laissons dans l'ombre. Disons seulement qu'à l'origine l'accusateur et l'accusé choisissent chacun un nombre de juges égal au chiffre déterminé par la loi pour la composition du tribunal, et que chacun a un droit de récusation réciproque jusqu'à concurrence de moitié; c'est l'*editio*. Mais à ce procédé on substitue bientôt celui de la *sortitio*. Le Président tire au sort autant de noms qu'il doit y avoir de juges; et chacune des parties, en commençant par l'accusateur récusé ceux qu'il lui plaît de récuser. On procède ensuite à un second tirage au sort, pour remplacer les juges que l'accusateur et l'accusé ont éliminés. Le tribunal se trouve-t-il alors définitivement constitué? Certains auteurs le prétendent; M. Laboulaye (1) soutient au contraire, qu'il y a lieu de procéder à une seconde récusation; d'après lui cela résulterait d'une loi *Vatinia* rendue en l'année 694.

Mais supposons que le tribunal est constitué, et que les juges ont prêté serment. Le héraut annonce alors que la cause va être entendue, et les débats commencent. Ils s'engagent par le réquisitoire de l'accusateur, auquel succède la plaidoirie de l'accusé et celles de ses avocats (*Patroni*). La durée des discours est limitée; dans ses

1. Laboulaye, *op. cit.*, p. 356.

lois de 702, Pompée (1) n'attribue que deux heures à l'accusation et trois heures à la défense. Dans les cas où la loi n'a pas déterminé la durée des plaidoiries, c'est au Président de la *questio* qu'il appartient de le faire; c'est ainsi que Cicéron plaidant pour Rabirius accusé du *crimen perduellionis*, se vit refuser plus d'une demi-heure pour présenter la défense de son client (2).

Les plaidoiries terminées, on continue, s'il y a lieu, par les *altercationes*. Que ce soient de véritables répliques (3), ou qu'il n'y ait là que de « brèves interrogations ou des questions courtes et précises dont se pressent les adversaires (4) », toujours est-il que les *altercationes* terminées, on procède à l'audition des témoins.

L'accusateur, nous l'avons vu, a seul le droit de contraindre les témoins qu'il a cités à venir déposer; leur nombre est limité par la loi (5), ou à son défaut par le préteur dans la *lex* qu'il remet à l'accusateur (6).

Chaque témoin avant de faire sa déposition, prête serment. On entend d'abord les témoins à charge, puis les témoins à décharge (*laudatores*). Ils sont interrogés par l'accusateur, par les *subscriptores*, par l'accusé et ses *patroni*; mais l'accusateur « était véritablement maître de

1. Cicéron *Brutus*, 94.

2. Cicéron, *pro Rabirio perduellionis reo*, 2, 3.

3. Maynz, *op. cit.*, 1882, p. 11, note 41.

4. Laboulaye, *op. cit.*, p. 363.

5. Valère Maxime. VIII, 1, 10.

6. Laboulaye, *op. cit.*, p. 365, *in fine*.

l'interrogatoire (1) », et le dirigeait en quelque sorte à son gré.

Après l'audition des témoins, on passe à l'administration des preuves écrites, puis le héraut prononce la clôture des débats. Le préteur ordonne alors que l'on procède au vote ; n'ayant pas été choisi par les parties, ni agréé par elles, il n'a pas à donner son avis : les *judices jurati* déposent leurs tablettes dans l'urne, et l'on dépouille les suffrages. Le résultat connu, le préteur le proclame. Si les juges déclarent l'accusé coupable, le préteur doit en outre, prononcer contre lui la peine édictée par la loi. Si les juges déclarent qu'ils n'ont point vu suffisamment clair dans l'affaire, et que leur conviction n'est point faite, il y a lieu de procéder à de nouveaux débats, dont le préteur indique la date ; les nouveaux débats portent le nom d'*ampliatio*. L'accusateur pendant cet intervalle ne peut point modifier son accusation, mais il a le droit de compléter l'instruction et de chercher à rassembler de nouvelles preuves, il paraît aussi que dans la nouvelle instance, le dernier mot lui appartient (2). En dehors de là, la procédure de l'*ampliatio* ne diffère en rien de celle de la première audience, et les juges cette fois comme la précédente peuvent déclarer qu'ils ne sont pas suffisamment éclairés ; la même décision peut encore être

1. Laboulaye, *op. cit.* p. 366 et 367.

2. Ayrault, *op. cit.*, p. 519 ; Sigonius, liv. II, ch. IX. V. *contra* Laboulaye, *op. cit.* p. 380.

prise à la troisième audience, et ainsi de suite, si bien que la série des *ampliatio*es est indéfinie.

Toutefois pour les procès de concussion la loi *Servilia Glaucia* décida qu'il n'y aurait jamais lieu à *ampliatio*, mais qu'il y aurait toujours *comperendinatio* (1). Les premières plaidoiries prononcées, l'affaire est renvoyée au surlendemain; de nouvelles plaidoiries interviennent, mais cette seconde séance ne peut se terminer que par une condamnation ou un acquittement.

La sentence rendue, le héraut sur l'ordre du préteur déclare la séance levée.

Telle est esquissée à grands traits, la procédure de l'accusation dans les *Quæstiones Perpetuæ*. De ce rapide examen, se dégagent les faits suivants : l'accusateur fait l'instruction, il rassemble les preuves et cite les témoins; le jour de l'audience arrivé, il produit des témoins comme bon lui semble, après ou pendant les plaidoiries (2), il dirige en quelque sorte les débats ; s'il fait défaut, le procès tombe. Quant au magistrat Président, ce n'est pas même un juge, il n'est pour ainsi dire là, que pour assurer l'observation de la loi, faire la police de l'audience, et prononcer le jugement. Le magistrat a donc dans la procédure d'accusation un rôle bien effacé, tandis que celui de l'accusateur est absolument prépondérant.

Voyons s'il en est de même après la disparition des *Quæstiones Perpetuæ*.

1. Cicéron, in *Verrem*, II, 1. 9.

2. Cicéron, in *Verrem*, act. I, c. 18.

L'Empire, nous l'avons vu, ne supprima pas d'un seul coup les *Quæstiones Perpetuæ*, il fut plus habile ; il leur donna des rivales, la Juridiction du Sénat et celle des fonctionnaires impériaux, et restreignit au profit de celles-ci, insensiblement, peu à peu, la compétence des questions perpétuelles, si bien que le jour où ces dernières cessèrent d'exister, leur disparition passa inaperçue, et qu'aujourd'hui la plus grande incertitude règne sur le point de savoir quelle est exactement la date de cette disparition. Le sénat du reste ne tarda pas à subir le sort des questions perpétuelles, et les magistrats impériaux restèrent maîtres du terrain.

Ces diverses transitions furent d'autant moins sensibles, que la procédure usitée devant les juridictions nouvelles ne différa point à l'origine de celle usitée devant les *quæstiones perpetuæ*, et qu'elle ne se transforma que lentement. L'étude de la procédure criminelle à cette époque se résume donc pour nous dans l'examen des modifications apportées à la procédure suivie devant les *quæstiones perpetuæ*.

Dans les premiers siècles de l'Empire le *libellus inscriptionis* disparaît, et les accusateurs prennent l'habitude de ne formuler leurs plaintes que verbalement. Mais Constantin, dans une Constitution qui forme au Code Théodosien la loi 5, liv. 9, t. I, impose le retour aux anciens usages. L'accusation devant dès lors être toujours rédigée par écrit, la *postulatio judicis*, le *nominis delatio* et l'*inscriptio* ne tardent pas en pratique à se confondre en

un seul et même acte, l'*inscriptio* (1). L'*inscriptio* change alors de nature, ce n'est plus un simple procès-verbal, c'est l'accusation elle-même. L'accusateur remet sa plainte écrite, le *libellus*, au magistrat compétent pour juger du crime ; l'accusé n'est plus cité pour entendre formuler l'accusation contre lui, il suffit qu'on le prévienne assez tôt, pour qu'il ait le temps de préparer sa défense (2). Le magistrat agrée ou rejette la plainte ; si plusieurs accusateurs se présentent, il désigne quel est celui qui intentera la poursuite (3) : l'accusateur doit fournir caution, qu'il suivra le procès jusqu'au bout (4) ; si l'accusé est soumis à la prison préventive, l'accusateur doit y être astreint également (5). Les témoins sont cités par le Magistrat, et interrogés par lui (6). Enfin une des grandes innovations de l'Empire, c'est l'introduction de l'appel. L'Appel peut être interjeté, non pas seulement par l'accusé ; comme la *provocatio* des premiers siècles de la République, mais aussi par l'accusateur. Celui-ci n'a pour faire appel qu'un délai de deux jours (7), mais il lui suffit de déclarer au juge de première instance son intention de demander la réformation du jugement (8).

1. Maynz, *op. cit.*, 1882, p. 6, note 20.

2. Dig., f. 18, p. 9, liv. 48, t. 18.

3. Dig., f. 16, liv. 48, t. 2.

4. C. J., c. 3, l. 9, t. I.

5. C. c. 17, liv. 9, t. 2.

6. Geib, *op. cit.*, p. 622 et suiv., et 631.

7. Dig., l. 1, p. 5, 6 et 12, l. 2, p. 3, liv. 49, t. 4.

8. Dig., f. 2, liv. 49, t. 1.

Dans le cas où l'appel est interjeté par le condamné, l'accusateur doit soutenir l'accusation en appel, sous peine de voir prononcer contre lui les peines de la *Tergiversatio* (1).

Telles sont les principales modifications qui furent apportées à la procédure de l'accusation. Comme on le voit le rôle de l'accusateur est considérablement amoindri, et l'importance de celui du magistrat se trouve accrue d'autant ; de plus le rôle de l'accusateur a fini par devenir périlleux et pénible. Sous quelle influence ces transformations se sont-elles produites ? Voilà comment généralement on répond à cette question : il fut fait pendant les premières années de l'Empire un si mauvais usage du droit d'accusation, que les honnêtes gens n'osèrent plus se porter accusateurs. Pour assurer la répression des crimes, on eut beau stimuler le zèle des accusateurs et donner des primes à l'accusation, on eut beau obliger sous peine de mort à poursuivre la punition de certains crimes, tels que celui de concussion (2), ces expédients furent impuissants. Les magistrats furent alors autorisés à poursuivre sur une simple dénonciation (3) ; puis on leur permit pour les crimes les plus graves de se saisir d'office (4). Dès lors la procédure inquisitoire était née ; et le pouvoir impérial n'ayant par

1. V. Morise, thèse de doctorat, 1883, p. 109.

2. Laboulaye, *op. cit.*, p. 435, 436 et 437.

3. Geib, *op. cit.*, p. 528.

4. De Valroger, *op. cit.*, p. 522 et 523.

conséquent plus à redouter la pénurie d'accusateurs, cherche à les écarter, trouvant dans ses fonctionnaires des agents beaucoup plus dociles. C'est là ce qui expliquerait ces précautions sévères qui entourent l'accusation; ces mesures vexatoires dont on frappe l'accusateur : obligation de fournir caution, emprisonnement préventif. Dans tous les cas, si tel ne fut pas le but qu'on se proposa, ce fut le résultat qu'on obtint ; car bien qu'en théorie le droit d'accusation ait continué à appartenir à tous les citoyens, en fait la procédure accusatoire devint d'une application très rare ; aussi M. Laboulaye a-t-il pu dire avec raison : « On trouve sous l'Empire dans les procédures, les formes de l'époque précédente. Mais tandis que sous la République, ces formes sont vivantes, sous l'Empire elles ne sont plus qu'une lettre morte (1). »

Il nous faut avant de terminer ce chapitre, résoudre la question suivante, à laquelle nous avons du reste implicitement répondu dans le chapitre précédent : à quel moment de la procédure y a-t-il véritablement accusation ?

On dit généralement qu'il n'y a à proprement parler mise en accusation, que lorsque le magistrat a reçu l'accusé *inter reos* (2). Nous croyons que c'est donner beaucoup d'importance à la *nominis receptio*, qui n'était en somme qu'une mise au rôle. Pour nous la mise en accusation résulte de la *nominis delatio*, et plus tard de

1. Laboulaye, *op. cit.*, p. 434.

2. Laboulaye, *op. cit.*, p. 346; Esmein, *op. cit.*, p. 53.

l'*inscriptio*, lorsque ces deux actes de procédure se furent confondus. Et notre opinion se base sur les arguments suivants :

1° Le f. 5 au Digeste, liv. 48, t. 1, déclare que celui qui est *reus*, c'est-à-dire accusé, est incapable d'intenter une accusation. Or le f. 2, p. 4 au Digeste, liv. 48, t. 5, décide que celui qui est poursuivi pour adultère par le mari, s'il veut lui-même accuser le mari de *lenocinium*, *semel delatus non audietur*, c'est-à-dire : ne pourra le faire à partir de la *nominis delatio* ; donc à partir de la *nominis delatio* il est incapable d'accuser ; c'est donc qu'à compter de ce moment il est en état d'accusation.

2° Il résulte par *a contrario* de la C. 1, au Code de Justinien, liv. 9, t. 1, que celui qui est en état d'accusation, est incapable d'accuser son adversaire d'un crime d'une gravité égale ou moindre ; et que cette incapacité est encourue par lui, dès l'instant où son accusateur a fait le dépôt du *libellus inscriptionis*. La remise du libelle constitue donc celui qui est poursuivi, en état d'accusation.

3° Il est un moment de l'instance où l'accusateur ne peut plus se désister sans le consentement de l'accusé ; donc à ce moment les parties sont liées, l'instance est nouée, il y a un accusateur, il y a un accusé ; or ce moment où le désistement n'est plus possible, c'est, nous allons le voir au chapitre suivant, celui de la remise du *libellus inscriptionis*.

CHAPITRE IV

QUELLES ÉTAIENT POUR L'ACCUSATEUR LES CONSÉQUENCES DE L'ACCUSATION ?

Les effets de l'accusation quant à la personne de l'accusateur se produisent, les uns pendant l'instance, les autres après le jugement.

SECTION I

Pendant l'instance

Le fait d'avoir intenté une accusation entraîne pour l'accusateur : l'obligation de suivre lui-même la procédure ; — celle de la conduire jusqu'à la sentence ; celle de ne point commettre de *prævaricatio* ; — celle enfin de se soumettre dans certains cas à l'emprisonnement préventif.

— Et d'abord l'accusateur doit suivre lui-même la procédure ; il ne peut point dans le procès criminel qu'il intente se faire représenter par un mandataire. C'est ce que disent la c. 17 au Cod. Théodosien, liv. 9, t. 1, — le f. 13, p. 1 au Digeste, liv. 48, t. 1, et la c. 15 au C. de Justinien, liv. 9, t. 2. — En résulte-t-il qu'une accusation ne saurait être admise qu'autant que celui qui sou-

tient l'accusation n'est en fait le mandataire de personne ? — Non, car le f. 1, p. 13, et le f. 15, pr., au Digeste, liv. 48, t. 16 disposent que dans le cas où un accusateur a agi en son nom, mais à l'instigation, ou sur le mandat d'un tiers, ce tiers n'est punissable, que si l'accusateur n'a pas fait la preuve de son accusation (1) ; — c'est dire implicitement qu'une pareille accusation est possible ; et par conséquent lorsqu'on déclare qu'on ne peut accuser par mandataire, cela ne peut signifier que ceci : on ne peut poursuivre une accusation en son nom personnel et par l'intermédiaire d'un tiers.

Mais pourquoi n'est-il pas possible d'accuser par mandataire ?... A en croire la C. 917 au Code Théodosien, liv. 9, t. 1, reproduite par le Code de Justinien, il y aurait là une conséquence de la nécessité de l'*inscriptio*. Cette constitution est en effet ainsi conçue : *tunc convenit potentiores viros adesse, cum eorum præsentiam criminalis per inscriptionem causa deposcat* : c'est-à-dire les *potentiores* (2) ne peuvent accuser par mandataire, parce que l'*inscriptio* exige leur présence effective. D'où il résulte par *a contrario*, comme l'indique Godefroy dans son commentaire de cette constitution, que le *libellus inscriptionis* est exclu-

1. Celui qui a intenté une accusation à l'instigation d'un tiers, est par cela seul qui l'a accepté le mandat, passible des peines édictées par le s. c. Turpillien (v. f. 1, p. 13, Dig., liv. 48, t. 16) *propter hoc solum quod ministerium alieni timoris accepit*.

2. Les *Potentiores*, ce sont dit Godefroy, dans son commentaire de cette constitution, ceux qui sont *in dignitate positi, illustres, spectabiles*.

sif de toute représentation, et que là où le libelle n'est point requis, la représentation est possible.

Mais comment expliquer que le *libellus inscriptionis* soit exclusif de toute représentation ?... Le *libellus*, dira-t-on, est un acte solennel, rédigé d'après une formule déterminée ; le procès ne peut s'engager que sur les questions qui y sont posées, et entre les parties qui y sont dénommées ; or dans cette formule solennelle, il n'y a pas place pour la constitution d'un mandataire ; par conséquent toute accusation supposant un *libellus inscriptionis*, la représentation n'est pas possible en matière d'accusation.

Oui, mais cela ne résout pas la difficulté, cela ne fait que la reculer, car une formule, ce n'est pas quelque chose de nécessaire et qui s'impose, c'est au contraire une chose que l'on crée arbitrairement, et alors pour quels motifs n'a-t-on pas voulu que *Primus* dénonçant un crime et le nom de son auteur, put déclarer en même temps dans son *libellus* qu'il chargeait *Secundus* de poursuivre l'accusation ?

Voici probablement pourquoi : Si un accusateur avait pu faire soutenir en son nom une accusation par un tiers, les faits suivants se seraient fréquemment produits : *Primus*, qui est l'ennemi de *Secundus*, intente contre ce dernier une accusation : cette accusation, elle n'est point fondée, et elle n'a point chance d'aboutir, si *Primus* en est réduit à ses seules forces ; mais la condamnation devient au contraire très probable si *Primus* peut charger de le représenter, *Tertius*, homme considérable, puissant, dont

l'éloquence est renommée, et dont l'habileté en affaires est sans rivale. Or il y a là une éventualité fâcheuse, et c'est probablement contre elle qu'on a voulu se prémunir en prohibant l'accusation par mandataire.

Mais si ce sont là les raisons pour lesquelles la représentation n'est pas admise dans un procès criminel, il suffit de réfléchir un instant pour voir qu'elles sont absolument étrangères à la question de savoir s'il y a un libelle ou non. Ce qui nous amène naturellement à une conclusion, absolument différente de celle de Godefroy et que nous formulons ainsi : dans tout procès criminel, même dans celui où le *libellus inscriptionis* ne serait point nécessaire, l'accusateur doit en personne soutenir l'accusation.

Et ce qui nous confirme dans cette idée que le principe de la non représentation en matière pénale, n'est pas une conséquence nécessaire de l'exigence de l'*inscriptio*, c'est que dans le cas de *crimen injuriarum*, tout accusateur est tenu de fournir le *libellus inscriptionis*, et cependant les *illustres* peuvent y accuser par mandataire (1).

Et alors, dira-t-on, pourquoi cette distinction entre celui qui se présente ouvertement comme un mandataire, et l'accusateur qui n'est en somme qu'un mandataire déguisé ? Cette dernière situation ne présente-t-elle pas autant de dangers que la première ? — Certes, les deux situations sont également périlleuses, et cependant la distinction se justifie très bien : Alors même qu'il est éta-

1. C. c. 44, l. 9, t. 35.

bli en fait que celui qui accuse en son nom personnel, n'est qu'un homme de paille, il n'en est pas moins vrai qu'il poursuit l'instance en son nom, et qu'il se donne comme usant de l'une des prérogatives attachées à sa qualité de citoyen ; rien de semblable au contraire, lorsque celui qui se présente devant le tribunal criminel déclare spontanément n'être qu'un mandataire ; il devient alors très facile de l'écarter, car on peut le faire sans porter atteinte à ces droits du citoyen, dont le droit Romain s'est toujours montré si respectueux.

— Outre que l'accusateur est tenu de suivre la procédure en personne, il est obligé de la conduire jusqu'à la sentence (1). — Cette obligation, il est vrai, ne lui fut pas toujours imposée : en effet, à l'époque où les *quaestiones perpetuae* commencent à fonctionner, l'accusateur peut se désister comme bon lui semble, et il n'encourt de ce chef aucune pénalité, quel que soit le motif de son désistement ; il vend son silence et transige très valablement avec l'accusé (2). Mais cet état de choses présentait de grands inconvénients ; le désistement de l'accusateur était le plus souvent payé par l'accusé, et dans bien des cas la transaction dissimulait une entente frauduleuse ; la chose jugée au criminel n'avait en principe, il est vrai, qu'un effet relatif ; mais le désistement d'un accusateur en présence d'un accusé véritablement coupable, n'en

1. Dig., f. 7, p. 1, liv. 48, t. 2.

2. *Asconius*, in *Cornelianam*, p. 59 et 63, Édition Orelli.

constituait pas moins pour celui-ci une sorte de brevet d'honorabilité, dont il n'aurait pas manqué de se servir dans le cas où de nouvelles poursuites auraient été intentées contre lui ; enfin les accusateurs téméraires avaient par trop beau jeu ; l'affaire prenait-elle pour eux une mauvaise tournure, ils abandonnaient l'accusation, l'instance tombait, et ils se soustrayaient ainsi aux peines édictées contre les accusateurs téméraires. — Aussi en arriva-t-on à considérer l'accusateur comme ayant contracté l'obligation de suivre la procédure jusqu'au jugement : *Cavent singuli*, dit Ulpien (1), *quod crimen objiciant, et præterea perseveraturos se in crimine ad sententiam* ; et dans le cas où l'accusateur n'exécute pas cette obligation, dans le cas où il abandonne l'accusation en dehors des hypothèses où il lui est permis de le faire, l'instance tombe toujours (2), mais il encourt une peine. Ce désistement non justifié est nommé *Tergiversatio*. La matière de la *Tergiversatio* ne fut législativement réglée que sous le règne de Néron par le sénatus-consulte Turpillien.

D'après ce sénatus-consulte il y a *tergiversatio*, quand l'accusateur abandonne purement et simplement l'accusation ; quand il manifeste l'intention de l'abandonner (cette intention résulte notamment d'une proposition de transaction faite à l'accusé (3), et *a fortiori* d'une transaction conclue) ;

1. Dig., f. 7, p. 1, liv. 48, t. 2.

2. Sous l'empire le magistrat est autorisé à prendre en mains l'accusation et à la continuer.

3. Dig., f. 6, pr., liv. 48, t. 16.

enfin quand il n'a pas accompli les actes de procédure dans les délais qui lui ont été indiqués par le préteur (1), sauf si son retard provient d'une cause légitime, telle que l'exercice de fonctions publiques (2).

Mais l'accusateur peut se désister impunément, s'il y est autorisé par le préteur chargé de statuer sur le crime, ou appelé à présider le *quæstio* compétente pour connaître du procès (3) s'il obtient, comme disent les textes une *abolitio* (4). Dans une constitution qui forme au code de Justinien, la C. 2, liv. 9, t. 42, Constantin indique les principes dont le préteur doit s'inspirer et donne des exemples de cas où l'*abolitio* doit être accordée ou refusée ; ceux qui vengent leur propre injure notamment doivent toujours l'obtenir. De plus l'*abolitio* ne peut être accordée que si l'accusé a été entendu et que s'il y consent (5) (cela se conçoit, puisque l'*abolitio* met l'accusateur à l'abri de tout recours de la part de l'accusé) ; le préteur peut cependant se passer du consentement de l'accusé, si la durée de l'emprisonnement préventif au-

1. Dig., f. 6, pr. 2, liv. 48, t. 16. C. c. 7, liv. 9, t. 1.

2. Dig., f. 15, p. 15, liv. 48, t. 16.

3. Dig., f. 1, p. 8, liv. 48, t. 16.

4. Il y avait controverse sur le point de savoir si celui, qui pouvant voir repousser sa demande par une exception tirée de la prescription, se désistait purement et simplement et sans avoir obtenu d'*abolitio*, tombait sous le coup du Turpillien. V. f. 1, p. 10, liv. 48, t. 16.

5. Dig., f. 8, pr. et p. 1, liv. 48, t. 16.

quel celui-ci a été soumis n'excède pas trente jours (1). De plus dans le cas où des personnes ingénues ont été citées comme témoins et mises à la torture, l'*abolitio* doit être refusée alors même qu'elle serait réclamée par les deux parties (2). Enfin il est certains crimes à raison desquels l'accusateur ne peut jamais obtenir l'*abolitio* (3) : tels sont les crimes de lèse-majesté, de trahison contre la patrie, de désertion, etc., et les textes en donnent pour raison que, dans ces hypothèses-là, le juge n'a pas moins pour mission de contraindre l'accusateur à prouver ce qu'il avance, que d'obliger l'accusé à se justifier de l'accusation qui pèse sur lui.

Certaines personnes peuvent se désister librement, sans encourir les peines édictées par le sénatus-consulte Turpillien, et sans avoir besoin pour cela d'obtenir du préteur une *abolitio* ; tels sont les héritiers de l'accusateur, quand celui-ci meurt au cours de l'accusation (4) ; tels sont aussi ceux qu'on ne peut poursuivre pour cause de *calumnia* (5). Mais il est curieux de remarquer sur ce point que l'abandon de l'accusation et la transaction ne sont pas mis sur la même ligne ; car si les personnes que nous avons indiquées peuvent se désister spontanément, sans danger, elles ne sont point libres de transiger (6).

1. C. c. 3, liv. 7, t. 42.

2. C. id. *eod. tit.*

3. C. c. 3, liv. 9, t. 42.

4. Dig., f. 29, liv. 48, t. 2 ; f. 10, pr., liv. 48, t. 16,

5. Dig., f. 15, p. 2, liv. 48, t. 16.

6. V. l. 4, pr. 2, D., liv. 48, t. 16 et c. 5, C., liv. 9, t. 45.

Cela peut s'expliquer par cette idée, que la transaction implique une entente entre l'accusateur et l'accusé, entente dans laquelle une présomption de fraude trouve un fondement sérieux. •

Mais à partir de quel moment l'accusateur ne peut-il plus se désister ou transiger comme bon lui semble? Il résulte de la l. 1 au Code, liv. 9, t. 45, que le désistement n'est plus libre pour l'accusateur, dès l'instant où il a déposé son *libellus inscriptionis*, et fourni caution de poursuivre le procès jusqu'à la sentence. L'obligation pour l'accusateur de fournir cette caution, ne date, nous le verrons tout à l'heure, que d'une constitution de l'empereur Alexandre ; donc à l'époque où cette caution n'est pas encore exigée, c'est à compter de la remise du libelle que le désistement devient impossible. — En outre si l'on réfléchit qu'à une certaine époque la *nominis delitio* et l'*inscriptio* sont distinctes, et qu'alors l'*incriptio*, n'a que la valeur d'un simple procès-verbal, on arrive à cette conclusion qu'à cette époque, c'est à partir de la *nominis delatio*, que l'accusateur ne peut plus se désister sans encourir certaines peines.

Ces peines, elles se résumaient sous l'empire du sénatus-consulte Turpillien en une amende de cinq livres d'or (1), et l'infamie (2). Elles ne constituaient en somme qu'un procédé répressif assez illusoire, dans le cas où l'accu-

1. D. f. 3, p. 3, liv. 47, t. 15.

2. D. f. 6, p. 3, liv. 50, t. 2.

sateur était insolvable ; aussi l'empereur Alexandre (1) exigea-t-il de l'accusateur, qu'il fournit en même temps qu'il déposait son *libellus inscriptionis*, des fidéjusseurs responsables, pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation de poursuivre le procès jusqu'au jugement ; mais la responsabilité des fidéjusseurs n'était jamais engagée que dans la mesure des obligations qu'ils avaient contractées par stipulation (2). — Enfin Gordien (3) décida que la *tergiversatio* ferait l'objet d'une *cognitio extraordinaria*, qu'elle entraînerait toujours l'infamie, et que la peine serait fixée arbitrairement par le juge, *secundum judicalem motum*.

— Mais l'accusateur, supposons-le, n'est point passible des peines édictées contre la *tergiversatio*, et il poursuit l'accusation intentée par lui ; il est alors tenu de ne point dissimuler les preuves de la culpabilité de l'accusé, et de ne point admettre de fausses excuses ; et s'il manque à cette obligation, il se rend coupable de *Prævaricatio* (4). La *Prævaricatio* est un crime qui fait l'objet d'une *cognitio extraordinaria* (5), et puni d'une *pœna extraordinaria* (6). La *Prævaricatio* a-t-elle été commise dans un *judicium publicum*, l'accusateur condamné de ce

1. C., c. 3, liv. 9, t. 1.

2. C., c. 2, liv. 9, t. 45.

3. C., c. 2, liv. 9, t. 45.

4. Dig., f. 1, p. 6, liv. 48, t. 16.

5. Dig., f. 1, par. 1. *in fine*, liv. 47, t. 15.

6. Dig., f. 2, liv. 47, t. 15.

chef, encourt nécessairement l'infamie (1) ; il en est ainsi même dans le cas où l'accusateur est à l'abri de toute poursuite pour *calumnia* (2). Si au contraire la *Prævaricatio* s'est produite au cours d'un procès faisant l'objet d'une *cognitio extraordinaria*, le juge doit prononcer contre le prévaricateur la peine qui aurait été infligée à l'accusé à raison du crime pour lequel il était poursuivi (3).

— Enfin il est une dernière obligation à laquelle l'accusateur doit se soumettre pendant la durée de l'instance. Depuis une constitution de 423 (4), des empereurs Valentinien et Valens, l'accusateur doit subir un emprisonnement préventif, dans les cas où l'accusé y est lui-même astreint. Comme on le voit, on avait fini par adopter les conséquences les plus extrêmes de cette idée, que pour l'accusateur qui succombe, l'accusation doit avoir été aussi onéreuse, qu'elle l'eût été pour l'accusé si elle avait réussi. Au reste les textes ajoutent que l'on tient compte de la condition sociale de l'accusateur : *habita tamen dignitatis æstimatione* ; probablement l'accusateur occupant une certaine situation était dispensé de l'emprisonnement, ou soumis à un emprisonnement moins rigoureux.

Telles sont les obligations qui incombent à l'accusateur

1. Dig., f. 4, liv. 3, t. 2.

2. Dig., f. 4, liv. 47, t. 15.

3. Dig., f. 6, liv. 47, t. 15.

4. C. c. 17, livr. 9, t. 2.

au cours de l'instance. Eh bien admettons que l'accusateur se soit acquitté de toutes ces obligations ; il a soutenu l'accusation en personne, sans commettre de *prævaricatio*, sans se soustraire à l'emprisonnement préventif, et il a accompli tous les actes de la procédure ; le juge n'a plus qu'à statuer ; voyons alors quelles peuvent être pour l'accusateur les conséquences de sa décision.

SECTION II

Après le jugement

Deux hypothèses sont possibles : ou le jugement condamne l'accusé, ou il l'absout.

Dans le premier cas, l'accusateur peut retirer de la condamnation certains avantages ; mais par contre il est tenu de soutenir à nouveau l'accusation, si le condamné interjette appel.

Etd'abord la condamnation profite dans certains cas à l'accusateur ; assez souvent en effet, l'amende prononcée contre l'accusé est attribuée en tout ou en partie à l'accusateur. Il en est ainsi sous la République pour l'*ambitus* (1), et il en est de même sous l'Empire pour le crime de lèse-majesté (2), et pour le crime de fausse-monnaie (3) ; au reste sous ce dernier régime, il semble qu'il n'y a pas de règles précises sur ce point, et que le juge en cas de *cognitio extraor-*

1. Walter, *op. cit.*, p. 100.

2. C. c. 5, p. 7, liv. 9, t. 8.

3. C. c. 2, liv. 9, t. 24.

dinaria, peut toujours quand bon lui semble, attribuer un *præmium* à l'accusateur. Quant au chiffre de ce *præmium*, il est assez variable; certains textes en fixent le montant à la moitié de l'amende (1) d'autres au contraire laissent à entendre que dans certains cas il peut être alloué à l'accusateur le quart des biens du condamné (2), d'où pour l'accusateur le nom de *quadruplator*.

Enfin la condamnation pouvait être pour l'accusateur la source de bénéfices d'une nature toute différente : c'est ainsi que la loi *Servilia repetundarum* (3) confère le droit de cité au pérégrin qui a fait condamner un magistrat concussionnaire, et qu'elle autorise ce nouveau citoyen à se faire inscrire dans la tribu du condamné.

L'accusateur doit, avons-nous dit, soutenir à nouveau l'accusation, s'il est interjeté appel du jugement de condamnation. Cet appel sera le plus souvent formé par le condamné lui-même; mais s'il s'agit d'une condamnation à mort, le premier venu peut se pourvoir contre la sentence du juge de première instance (4); au reste dans ce cas-là comme dans le premier, c'est l'accusateur de première instance qui doit accuser en appel; les textes en effet ne font point de distinction. Si l'accusateur se refuse à remplir cette nouvelle obligation, il est passible

1. *Lex Manilia*, c. 5, (55).

2. *Ps. Asconius*, in *Cæcil.*, édit. Orelli, p. 410; in *Verrin*, éd. Orelli, p. 208.

3. Maynz, *op. cit.*, 1882, p. 34.

4. *Dig.*, f. 6, liv. 49, t. 1.

des peines édictées par le sénatus-consulte Turpillien (1). Les textes justifient cette décision en disant que l'appel supprime la sentence ; celle-ci est réputée n'être point intervenue ; dès lors la première instance n'a point pris fin, l'accusateur n'est point libéré de son obligation de suivre le procès jusqu'au jugement ; il manque à cette obligation, s'il refuse de soutenir l'accusation en appel ; et manquant à cette obligation, il se rend coupable de *tergiversatio*. L'appel institué sous l'Empire en effet, diffère complètement, et M. Laboulaye l'a très bien montré (2), de l'ancienne *provocatio*. Celle-ci suspendait les effets de la première sentence, mais ne la détruisait pas ; l'appel au contraire, n'est point une nouvelle instance distincte de la première, les deux instances se confondent, et la seconde n'est pour ainsi dire que la première continuée.

La *provocatio* avait été introduite dans l'intérêt de l'accusé, aussi lui seul pouvait-il user de cette voie de recours, et l'accusateur était-il obligé d'accepter un jugement d'absolution. Mais en est-il de même pour l'appel ? Cette question nous amène tout naturellement à examiner la deuxième hypothèse indiquée précédemment, et à nous demander quelles sont pour l'accusateur les conséquences de l'acquiescement de l'accusé.

Ces conséquences les voici :

— Si l'accusé n'est point condamné, l'accusateur peut

1. Dig. f. 1, p. 11, liv. 48, t. 16.

2. Laboulaye, *op. cit.*, p. 429.

se pourvoir contre la décision du juge. L'appel en effet n'a point été organisé dans l'intérêt exclusif de l'une des parties ; il a été institué contre le juge (1), et dès lors il n'y a pas de raison pour qu'il soit accessible à l'un des plaideurs plutôt qu'à l'autre. — Ajoutons en outre que l'appel interjeté par l'accusateur ne diffère pas quant à ses effets de celui qui est intenté par l'accusé. Nous ferons seulement remarquer, que si dans certains cas, tout le monde peut appeler de la condamnation prononcée contre l'accusé, l'accusateur seul au contraire peut appeler de la sentence en cas d'absolution ; car on ne rencontre pas dans cette hypothèse les considérations d'humanité, qui dans la précédente permettent de déroger au principe de l'effet relatif de la chose jugée.

— Si le jugement qui absout l'accusé n'est point frappé d'appel, ou si ayant été frappé d'appel, le juge saisi de cet appel a statué dans le même sens, l'accusateur se trouve exposé à être poursuivi au civil et au criminel.

Au civil, car les textes (2) disposent que si des esclaves ont été soumis à la torture, et si par suite des traitements qu'ils ont subis, certains de ces esclaves sont morts, ou ont perdu de leur valeur, leur propriétaire doit être indemnisé par l'accusateur, au cas d'absolution de l'accusé.

Au criminel, car l'accusateur peut être lui-même accusé d'avoir intenté une accusation calomnieuse. La *calum-*

1. Laboulaye, *op. cit.*, p. 429.

2. Dig., f. 9, liv. 3, t. 6. — f. 27, p. 45 et 46, liv. 48, t. 5.

nia constitue un crime, et le premier venu, conformément au principe général, peut en poursuivre la répression. Mais il peut se faire que la condamnation de l'accusateur pour *calumniā* résulte du jugement d'absolution lui-même, et la façon dont l'acquittement a été prononcé, a sous ce rapport une très grande importance (1). Le juge a-t-il dit à l'accusateur: *non probasti*, l'accusateur ne court aucun risque; mais a-t-il dit: *calumniatus es*, l'accusateur, d'après Papinien, est par cela seul condamné aux peines édictées contre la *calumniā*, parce que le magistrat n'a qualité que pour apprécier le fait, mais que les conséquences du fait, c'est la loi qui les détermine. Enfin, il peut se faire que le juge ait prononcé ces mots: *Lucius Titius temere accusare videtur*; quelle en est la portée? Sur ce point il y avait controverse; Papinien déclare que selon lui la témérité n'est pas la calomnie, et que l'accusateur est indemne. — A l'époque où fonctionnaient les *questiones perpetuæ*, il est fort probable que les peines édictées contre la calomnie ne découlaient point de plein droit de la sentence; le jury ne répondait en effet aux questions qui lui étaient posées que par l'un de ces mots: *condemno, absolvo, non liquet*; or le mot *absolvo* n'impliquait point nécessairement que l'accusation fut calomnieuse. Aussi est-il fort probable que l'accusateur n'était condamné comme calomniateur, à cette époque, qu'à la suite d'une instance criminelle, spécialement dirigée contre lui dans ce but; et s'il n'en était pas toujours

1. Dig., f. 1, p. 4, liv. 48, t. 16.

ainsi, les choses tout au moins se passaient quelquefois de cette façon, car un texte nous montre une poursuite de ce genre intentée le lendemain d'une accusation infructueuse (1).

Mais qu'est-ce qui constitue la *calumnia* ? D'après M. Esmein (2) il y aurait eu sur ce point deux doctrines successives. Originellement, la *calumnia* existe toutes les fois que l'accusateur ne réussit pas ; puis comme cela présente de grands inconvénients, surtout avec la juridiction du jury, on finit par décider que celui-là seulement est calomniateur, qui intente sciemment une accusation fausse. — Quoiqu'il en soit c'est dans ce dernier sens, que le mot est pris dans la compilation de Justinien (3).

Si le sens du mot *calumnia* a varié avec les époques, il en est de même du mode de répression de ce crime. Une loi *Remmia*, dont la date est inconnue, décide que le calomniateur doit être marqué au front d'un K (4), première lettre du mot *Kalumniator*. Beaucoup d'auteurs pensent que si cette peine barbare a jamais existé, elle ne tarda pas à disparaître, pour être remplacée par une condamnation pécuniaire. Mais ce qu'il y a de certain, c'est qu'à partir du règne de Trajan (5), le calomniateur

1. Asconius. *In Scaurianam*, éd. Orelli, p. 30.

2. Esmein. *Le délit d'adultère*, p. 39 et 40.

3. Dig., f. 1., p. 3, liv. 48, t. 16. C. c., 3, liv. 9, t. 46.

4. Cicéron, *Pro Roscio Am.* 20, 57.

5. Pline. *Panég. de Trajan*, 35.

se voit infliger la peine qui aurait pu être prononcée contre l'accusé, c'est-à-dire la peine du talion.

Le calomniateur encourt en outre l'infamie ; mais il faut pour cela que la *calumnia* ait été commise dans un *judicium publicum* ; *notatur*, dit l'édit du préteur (1), *qui in judicio publico calumniae praevaricationisve quid fecisse judicatus erit*.

Enfin, celui, qui a reçu de l'argent pour accuser, et qui est reconnu coupable de *calumnia*, doit être, en sus des peines attachées à ce crime, condamné à une amende, dont le montant est égale au quadruple de ce qu'il a reçu, si l'accusation a été intentée dans l'année, et au simple, si l'accusation a été intentée après (2).

Donc si l'accusé est absous, l'accusateur court le risque d'être condamné comme calomniateur. Mais en est-il de même des *subscriptores* ? Oui, et il peut même se faire que l'accusateur ne soit point condamné, et que les *subscriptores* le soient. C'est croyons-nous, ce qui résulte de ce texte d'Asconius : *Cato postero die in consilium de calumnia accusatorum misit. C. Triarius nullam gravem sententiam habuit. Subscriptores ejus, M. et Q. Pacuvii fratres denas et L. Marius tres graves habuerunt* (3).

Il nous faut en terminant faire remarquer, que certaines personnes n'ont point à redouter les peines édictées contre les calomniateurs, dans le cas où leur accusation

1. Dig. f. 1, liv. 3, t. 2.

2. Dig. f. 1, liv. 3, t. 6.

3. Asconius. *In Scaurianam*, Orelli, p. 30.

n'est point couronnée de succès. Tels sont : la mère qui venge la mort de son fils (1) ; le fils qui poursuit le meurtrier de son père (2) ; l'*extraneus hæres* qui accuse l'assassin de son auteur, dans le cas où celui-ci en prévision de sa mort a imposé cette obligation à son héritier (3). Les circonstances, dans lesquelles ces personnes agissent, excluent toute présomption de cupidité, ou d'intentions calomnieuses, et excusent ainsi une accusation téméraire.

Voilà esquissée à grands traits, la situation qui était faite à l'accusateur, par suite de l'accusation qu'il avait intentée. On voit par ce qui précède, que si l'accusateur était dans une certaine mesure récompensé du service rendu par lui à la société, son rôle était par contre si périlleux, qu'il n'est point étonnant que les citoyens aient sous l'Empire renoncé d'eux-mêmes, presque entièrement, à user de cette prérogative du droit de cité.

1. C. c. 2, liv. 9, t. 46.

2. C. c. 4, liv. 9, t. 46.

3. C. c. 2, liv. 9, t. 46.

CHAPITRE V

QUELLES ÉTAIENT LES CAUSES D'EXTINCTION DU DROIT D'ACCUSATION ?

Le droit d'accusation appartient sous réserve des incapacités que nous avons indiquées, à tout citoyen ; c'est un attribut de la qualité de citoyen ; il disparaît donc avec les faits qui déterminent la perte du droit de cité (1) ; notamment avec la privation de la liberté, l'interdiction de l'eau et du feu, etc.

Si maintenant nous considérons le droit d'accusation dans son application à une espèce particulière, relativement à un crime déterminé, nous voyons que ce droit est anéanti : par le désistement de l'accusateur ; par une transaction intervenue entre l'accusateur et l'accusé ; par la prescription ; par le décès de l'accusé ; par l'écoulement de deux années à compter de l'introduction de l'accusation ; enfin par une *abolitio*.

— Et d'abord par le désistement de l'accusateur. Celui qui s'est désisté, disent les textes (2), ou est réputé s'être désisté, ne peut plus reprendre l'accusation commen-

1. Dig., f. 5, p. 1, liv. 48, t. 1.

2. Dig., l. 2, liv. 48, t. 16 ; l. 15, p. 4, *eod. tit.*, C. c. 6, liv. 9, t. 1.

cée; et ils ne distinguent pas entre le simple abandon de la procédure, et la renonciation au droit d'accuser. D'où nous devons conclure que l'abandon de la procédure était suffisant, pour que le droit de l'accusateur fût éteint. Probablement, comme en matière civile, on voulait punir l'accusateur de son défaut de vigilance, et empêcher que les procès ne s'éternisassent entre les mêmes individus. Si malgré qu'il se soit désisté, l'accusateur poursuit de nouveau l'accusé, celui-ci peut au moyen d'une *præscriptio*, la *præscriptio rei destitutæ* (1), repousser la seconde accusation intentée contre lui; mais pour que cette *præscriptio* soit efficace, il faut qu'elle ait été proposée avant que l'accusé n'ait été *receptus inter reos* (2). Cela se justifie très bien, lorsqu'il s'agit d'un abandon de la procédure; mais il n'en est plus de même, quand le désistement a porté sur le droit lui-même; car il s'agit alors d'une défense au fond, et il semble qu'un pareil moyen de défense aurait du pouvoir être présenté en tout état de cause. Voici peut-être comment il se fait que le moyen tiré de l'abandon de l'accusation n'ait jamais été qu'une *præscriptio* : au temps des *quæstiones perpetuæ*, un procès criminel soulevait toujours deux questions, une question de droit : l'accusateur a-t-il le droit d'accuser, et peut-il accuser l'auteur présumé du crime? Une question de fait, l'accusé est-il coupable des faits qui lui sont imputés? Chacune de ces questions faisait l'objet d'une

1. C. c. 4, liv. 9, t. 45.

2. Dig., f. 15, p. 7, liv. 48, t. 5.

instance spéciale, l'une était de la compétence du magistrat, l'autre de la compétence du jury, et celle-ci ne pouvait avoir lieu, qu'autant que la première avait pris fin à la suite d'une décision du magistrat tranchant dans le sens de l'affirmative la question qu'il avait à résoudre. Par la *nominis receptio*, le magistrat se dessaisissait, mais à ce moment-là, la question de droit était tranchée, il y avait quant à elle chose jugée; et l'on conçoit alors très bien que si l'accusé avait encore à invoquer un moyen de droit, il ne lui fût pas possible de s'en prévaloir; la *quæstio perpetua* n'était pas compétente pour en connaître, le magistrat ne l'était plus. De sorte que sous l'empire des *quæstiones perpetuæ*, l'objection tirée du désistement de l'accusateur devant par la force même des choses être opposée avant que le procès criminel proprement dit n'ait commencé, elle constituait relativement à celui-ci une véritable *præscriptio*. Mais lorsque les *quæstiones perpetuæ* eurent disparu, le magistrat ne fut plus seulement juge du droit, il fut aussi juge du fait; il n'y eut plus à proprement parler deux instances, il n'y en eut plus qu'une seule, et alors on ne s'explique plus que l'accusé ne puisse se prévaloir de l'abandon de l'accusation qu'au début du procès. Peut-être ne faut-il voir là qu'un vestige de l'ancien état de choses, qui se serait perpétué par la force de l'usage. Peut-être aussi les textes qui nous parlent de la *præscriptio destitutæ rei* se placent-ils implicitement dans l'hypothèse d'un *judicium publicum*. Cette dernière explication nous paraît moins plausible que la précédente,

car la c. 4 au Code, liv. 9, t. 45, qui déclare que dans le cas où l'accusateur s'est désisté, l'accusé poursuivi à nouveau par lui, peut opposer la *præscriptio destitutæ rei*, date d'une époque où les *quæstiones perpetuæ* devaient avoir cessé d'exister.

— Du désistement, il nous faut rapprocher la transaction intervenue entre l'accusateur et l'accusé. La transaction, nous l'avons vu, est un désistement implicite, et tout naturellement, elle empêche l'accusateur de renouveler l'accusation ; mais elle n'est pas toujours possible, car il est des crimes sur lesquels il est défendu de transiger. La loi 18 au Code, livre 2, t. 4, décide en effet qu'on peut transiger sur les crimes entraînant une peine capitale, à l'exception de l'adultère, et que quant aux crimes punis d'une peine autre que celle de mort, on ne peut transiger que sur ceux qui se trouvent en deçà du *crimen falsi*. Quels sont ces crimes qui se trouvent en deçà du *crimen falsi* ? Il nous est impossible de le dire, car il y a là une allusion à une classification des crimes, que nous ne connaissons pas. Mais pourquoi la transaction est-elle permise sur les crimes les plus graves seulement ? Cette décision a probablement sa source dans un sentiment de pitié inspiré par l'énormité de la peine à l'égard des accusés (1). Lorsqu'une transaction est intervenue dans un des cas où la loi la prohibe, elle est nulle et non avenue, mais l'accusateur n'a pas pour cela le droit de re-

1. Arg. du f. 1, Dig., liv. 48, t. 21.

prendre l'accusation, car, ainsi que nous l'avons vu, il suffit pour qu'il soit réputé s'être désisté, qu'il ait manifesté l'intention de transiger.

— La prescription, avons-nous dit, éteint aussi le droit d'accusation. Le délai de cette prescription est en principe de vingt ans (1); il est continu, et court du jour où l'infraction a été commise. Pour certains crimes, ce délai est plus court; pour l'adultère notamment il est de cinq ans (2); par contre il est des crimes qui sont imprescriptibles; tels sont le crime de lèse-majesté, le parricide, etc.

— L'accusation tombe encore par le décès de l'accusé (3). Cette cause d'extinction se justifie d'elle-même; le crime commis par le défunt n'est imputable qu'à lui seul, et il serait absolument injuste d'en rendre ses héritiers pénalement responsables. Cependant lorsqu'il s'agit du crime de lèse-majesté, la poursuite criminelle peut être intentée pour la première fois contre les héritiers du coupable (4), toutefois il n'en est ainsi que pour certains crimes de lèse-majesté, pour ceux qui sont dirigés contre l'État ou le Prince (5); en outre, dans le cas où les héritiers n'arrivent point à établir la non-culpabilité du défunt, on ne les frappe point de peines afflictives, on flétrit seulement la mémoire du défunt; quant aux héritiers on

1. C. c. 12, liv. 9, t. 22.

2. Dig., f. 29, p. 7, liv. 48, t. 5.

3. Dig., f. 15, p. 3, liv. 48, t. 16.

4. C. c. 8, liv. 9, t. 8. Dig., f. 11, liv. 48, t. 4.

5. Dig., f. 11 *in fine*, liv. 48, t. 4.

ne les condamne jamais qu'à restituer les biens qu'ils ont reçus de leur auteur.

Les héritiers sont encore exposés à des poursuites criminelles du chef du défunt, dans le cas de crime de concussion (1); mais il faut que l'accusation soit intentée contre eux dans l'année qui suit le décès.

Si la mort de l'accusé fait en principe disparaître l'accusation, il n'en est point de même du décès de l'accusateur, car les héritiers de ce dernier peuvent suivre la procédure entamée par lui ; il est bon cependant de rappeler qu'ils ne sont point obligés de le faire (2).

— Le préteur, nous l'avons vu, devait imposer à l'accusateur un délai pour accomplir tous les actes de procédure. Justinien va plus loin dans cette voie (3), il décide, que tout procès criminel doit être terminé dans un délai de deux ans. Si à l'expiration de ces deux années la sentence n'est pas encore rendue, l'accusé doit être absous. Et il en est ainsi alors même que le retard ne provient pas du fait de l'accusateur, et qu'on ne peut le soupçonner de s'être désisté ; il en est ainsi, même dans le cas où les lenteurs proviennent de la mauvaise volonté des juges, qui dans ce cas-là encourent une peine. Justinien estimait sans doute, et avec raison, qu'une condamnation

1. Dig., f. 20, liv. 48, t. 2 ; f. 15, p. 3, liv. 48, t. 16 ; f. 2, liv. 48, t. 11.

2. Dig., f. 19, liv. 48, t. 2 ; f. 20, pr., liv. 48, t. 16.

3. C. c. 3. liv. 9, t. 44.

prononcée si longtemps après le crime, n'aurait pas répondu à son véritable but.

Le délai de deux années court, dit le texte de cette constitution, de la *litis contestatio*; le mot est impropre, car il n'y a pas de *litis contestatio* dans les procès criminels. Quel est alors l'acte de la procédure ainsi désigné? Ce n'est point l'*inscriptio*; car on ne s'expliquerait pas ces mots d'un fragment du Digeste (1) : *Qui post inscriptionem ante litem contestatam.....* Est-ce la *nominis receptio*? Nous le pensons : à l'époque des *quaestiones perpetuae*, la *nominis receptio* termine la procédure devant le *Præres*, comme sous le système formulaire la *litis contestatio* termine la procédure *in jure*. Il y a là une analogie, qui très probablement a déterminé cette désignation incorrecte, et qui nous porte à croire que c'est de la *nominis receptio*, que courent les deux années dans lesquelles tout procès criminel doit prendre fin.

— Enfin il est un dernier événement qui paralyse le droit de l'accusateur, c'est l'*abolitio*. Il s'agit ici de l'*abolitio* que les textes appellent *publica, generalis*, par opposition à l'*abolitio privata*, dont nous avons parlé à propos du désistement de l'accusateur. Voici ce qu'était cette *abolitio generalis*; à l'occasion d'un jour célèbre, ou de réjouissances publiques (2), d'un événement heureux (3), on annulait toutes les accusations. Cela se fai-

1. Dig., f. 15, p. 5, liv. 48, t. 16.

2. Dig., f. 8, liv. 48, t. 16.

3. Dig., f. 9, *eod. tit.*

sait généralement en vertu d'un sénatus-consulte (1). Mais l'effet de cette *abolitio* n'était point absolu; l'*abolitio* n'était point, ce qu'est aujourd'hui dans notre droit l'amnistie; et en somme elle était beaucoup plus profitable à l'accusateur qu'à l'accusé. L'accusateur se trouvait en effet délié de son obligation de continuer l'instance, et les peines du Turpillien ne lui étaient pas applicables (2). L'accusé au contraire, lorsque l'événement qui a donné lieu à l'*abolitio* est passé, peut être de nouveau accusé par le premier venu à raison des faits qui ont motivé la première accusation (3); l'accusateur lui-même peut reprendre l'accusation, pourvu qu'il le fasse dans un certain délai. Ce délai est de trente jours; il court du jour qui suit celui où les fêtes qui ont donné lieu à l'*abolitio*, ont été terminées. Il y avait controverse relativement à la nature de ces jours; Trajan décida que c'étaient des jours utiles (4); de plus si une seconde *abolitio* survient pendant le cours de ces trente jours, on ne tient pas compte des jours courus, et le délai recommence à courir de la seconde *abolitio* (5). Comme on le voit l'*abolitio* n'améliore guère la situation de l'accusé, et il n'y a pas le moindre parallèle à établir entre cette institution et cet usage moderne d'après lequel, à l'occasion de certaines solennités,

1. Dig., f. 12, liv. 48, t. 16.

2. Dig., id., *eod. tit.*

3. Dig., f. 11, p. 2, liv. 48, t. 2.

4. Dig., f. 10, p. 2, liv. 48, t. 16.

5. Dig., f. 15, p. 6, liv. 48, t. 16.

les pouvoirs publics restituent les criminels contre toutes les conséquences des crimes qu'ils ont commis.

Telles sont les causes d'extinction du droit d'accusation. Si maintenant nous les récapitulons, et si nous nous demandons quelle est l'étendue de l'effet extinctif produit, nous voyons que cet effet est tout à fait relatif, et que la perte par un individu de son droit d'accusation, laisse intact celui qu'ont ses concitoyens, de poursuivre la répression du même crime. L'accusateur se désiste, il transige (1), il laisse éteindre son droit par prescription, un autre peut prendre l'accusation en main. Cela vient encore confirmer ce que nous avons dit si souvent, à savoir, que le droit qu'a chaque citoyen de se porter accusateur, lui appartient en propre, et qu'il est entièrement distinct et indépendant de celui de ses concitoyens.

1. Dig., f. 41, p. 2, liv. 48, t. 2.

CONCLUSION

Après avoir indiqué à grands traits les principaux caractères du principe de l'accusation populaire, il nous faut maintenant voir ce que vaut ce principe au point de vue de la répression.

L'idéal en cette matière consiste à rendre impossible l'impunité des criminels, tout en sauvegardant l'indépendance des citoyens et la tranquillité des innocents. L'accusation populaire remplit-elle cette double condition ? On l'a soutenu : « La liberté d'accuser, dit Filangieri (1), lorsqu'elle est combinée avec la difficulté d'en abuser, est utile et nécessaire, parce qu'elle établit entre les citoyens une force d'inspection réciproque, qu'elle empêche les crimes de rester ignorés, qu'elle rend l'impunité plus rare, et les délits moins fréquents » ; et rappelant le mot imagé de Machiavel, il ajoute que « cette liberté ouvre une issue aux humeurs qui naissent dans une ville contre quelque citoyen ». Aussi sa conclusion est-elle que le premier objet d'une réforme dans la procédure criminelle, devrait être de rendre aux citoyens le droit d'accusation.

En sens inverse, on a prétendu que « cette institution est plus propre à intimider les bons citoyens qu'à conte-

1. Filangieri. *La Science de la législation*, liv. 3, ch. 2, 3, 4.

nir les mauvais, qu'elle répand sur toute la société civile des germes affreux et féconds de haines héréditaires, de divisions, d'inimitiés ; et qu'un tel principe ne paraît convenable, que dans un gouvernement tellement bon que nul citoyen ne serait tenté d'en accuser un autre (1). »

Nous croyons que l'accusation populaire ne mérite ni ces éloges absolus, ni ces critiques exclusives ; mais nous pensons qu'elle mérite tantôt ces éloges, et tantôt ces critiques. Car si cette institution est susceptible de donner, et si elle a donné d'excellents résultats, elle peut aussi en donner, et elle en a donné de désastreux.

Si tous les citoyens en effet usent, lorsqu'ils peuvent le faire, de leur droit d'accusation, et s'ils en usent comme ils doivent le faire, il est bien certain que les honnêtes gens n'ont rien à craindre et que les criminels échappent difficilement au châtement qu'ils ont mérité. Mais si les citoyens n'osent point ou ne veulent point accuser, ou s'ils ne le font que pour satisfaire leurs rancunes et se venger de leurs ennemis, la sécurité des innocents devient tout à fait précaire, tandis que les criminels sont presque assurés de l'impunité.

Théoriquement, les deux hypothèses sont possibles, en fait elles se sont réalisées.

A Rome, sous la République et dans les premières années de l'Empire, à cette époque où les mœurs sont tou-

1. Servan, *De l'influence de la philosophie sur l'instruction criminelle*, p. 17.

jours pures, et où les citoyens n'ont pas encore abdiqué, et tiennent à honneur d'user des prérogatives attachées à la qualité de citoyen (1), l'accusation populaire fonctionne d'une manière parfaite, et nous ne voyons pas qu'elle ait alors donné lieu à la moindre critique. Mais si nous avançons un peu plus dans l'histoire de Rome, la situation change : les délateurs apparaissent ; on se fait payer pour accuser ; on ne poursuit plus le châtiment d'un coupable, mais la spoliation de celui qu'on accuse ; le rôle de l'accusateur est profané, et l'honnête homme déserte le prétoire, pour en fuir la promiscuité.

Mais abandonnons les souvenirs de l'antiquité, et portant nos regards vers l'époque moderne, arrêtons-les sur un pays où a fonctionné et fonctionne encore le système de l'accusation privée, sur l'Angleterre. L'Angleterre est le pays où les droits de l'individu sont le mieux sauvegardés, et où l'individu est le plus jaloux de ses droits ; où le respect pour la loi et pour les autorités légalement établies est profondément enraciné dans les masses (2), et où les institutions se perpétuent sans qu'on s'aperçoive qu'elles vieillissent, grâce à l'amour de la tradition, et à un merveilleux esprit pratique, qui font qu'on adapte sans peine des institutions anciennes à des besoins nouveaux.

1. Laboulaye, *op. cit.*, p. 434.

2. Mittermaier. *Traité de la procédure criminelle, en Angleterre, en Ecosse, et dans l'Amérique du Nord*, trad. Chauffard, p. 37.

L'Angleterre est donc pour le développement et le fonctionnement de l'accusation populaire, un milieu des plus favorables. Eh bien, là aussi, après avoir senti les excellents effets de cette institution, on en a depuis longtemps déjà, reconnu les inconvénients. Des enquêtes ont été faites, et de ces enquêtes, il est résulté, que « dans un grand nombre de cas les citoyens ne sont nullement disposés à se porter comme accusateurs devant le juge, et que l'indifférence, la peur ou l'ignorance font souvent obstacle à ce que les particuliers prennent l'initiative des poursuites criminelles ; que s'il s'agit de crimes graves, de meurtre par exemple, le crime peut demeurer facilement caché, parce qu'il n'est principalement connu, que dans le cercle de ceux qui peuvent avoir à en souffrir ; qu'il en est de même si des indigents en sont victimes, lorsque personne ne s'inquiète de leur sort ; enfin que souvent aussi la poursuite entre les mains des particuliers leur sert abusivement à extorquer de l'argent de celui qui se voit sous le coup de l'accusation, ou à l'intimider et à l'amener à conclure avec eux des arrangements ruineux ; et qu'en revanche les amis de l'accusé se croient autorisés à leur tour à exercer une véritable pression sur les particuliers, pour les faire renoncer à la poursuite (1). »

Et voilà démontré par deux exemples puisés dans l'histoire ce que nous avons dit plus haut, à savoir, que l'accusation populaire peut être un excellent mode de

1. Mittermaier, *op. cit.*, p. 260 et suiv.

répression, mais que ce peut aussi en être un très mauvais. Elle subit en cela le sort de toutes les institutions humaines, et il est bien certain qu'aucune n'est parfaite, et que toutes sont susceptibles de se corrompre ; mais il en est qu'il est possible de prémunir plus ou moins contre cette corruption. Or l'accusation populaire n'est point de celles-là. S'il se produit en effet une de ces périodes d'affaissement général, où les citoyens, par faiblesse ou par égoïsme, se désintéressent des choses de la vie publique, et où les intrigants arrivent librement au pouvoir, il n'y a plus d'accusateurs, et partant plus de répression, ou bien le droit d'accusation n'est plus exercé que par des gens indignes. Et de remède, il n'y en a pas ; car l'accusation est pour le citoyen, un droit et un devoir ; on peut par la crainte d'un châtiment, l'empêcher d'abuser de son droit, mais il serait excessif de l'obliger à en faire usage , et d'autre part on ne peut le contraindre de faire son devoir, car à ce point de vue, il ne relève que de sa conscience (1).

1. Lorsque dans sa séance du 31 mai 1808, le Conseil d'État adopta la rédaction définitive de l'article 1 du projet de Code d'Instruction criminelle, aux termes duquel l'action publique n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle a été confiée par la loi, le Président de la Commission de législation donna de cet article la justification suivante : « Un des principes de la première division de l'instruction criminelle mérite par son importance d'attirer un moment votre attention ; c'est celui qui établit l'action publique, sans distinction, contre tous les délits, et qui la rend indépendante de toutes les

C'est pourquoi nous concluons dans un sens tout-à-fait différent de celui de Filangieri, et nous pensons que le premier objet d'une réforme dans la procédure criminelle, ne devrait pas être d'organiser le système de l'accusation populaire.

transactions et de tous les intérêts privés. Le grand éclat que l'éloquence a répandu sur les accusations publiques n'a pu cacher à la postérité leur dangereuse influence ; et leurs funestes effets introduisaient la vengeance privée dans la justice même, qui avait pour objet de la prévenir. »

DROIT FRANÇAIS

DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUE MARITIME PRINCIPALEMENT AU POINT DE VUE DU DROIT POSITIF FRANÇAIS

INTRODUCTION

De tous les conflits de lois en matière de droit privé maritime, il en est peu qui aient autant d'importance que ceux qui se réfèrent à l'hypothèque des navires. L'hypothèque maritime en effet est la base du crédit commercial international (1); et comme dans chaque pays tout

1. « Pour jetter les fondements du crédit maritime, ce n'est ni au nantissement, ni au privilège qu'il y a lieu de recourir ; ce qu'il faut, c'est un droit de garantierésultant de la convention, soumis à la publicité, et dont le rang soit fixé d'après la date ;

ce qui touche à l'organisation du crédit, est éminemment d'ordre public, la solution à donner aux conflits, qui s'élèvent en cette matière, n'intéresse point seulement la fortune privée, elle intéresse aussi l'ordre public.

Eh bien, malgré cela, malgré aussi que l'hypothèque maritime soit chez nous de date récente, et qu'avant sa réglementation législative, nos tribunaux aient eu à se prononcer sur des conflits de ce genre (1), il n'est pas dans notre droit de texte qui prévoio ces conflits ; la loi du 10 juillet 1885 est aussi muette sur ce point, que l'avait été celle du 10 janvier 1874. Si bien que voulant résoudre ces conflits, nous n'avons d'autre moyen de procéder que le suivant : rechercher, puisque l'hypothèque maritime est un droit réel, d'après quels principes se règlent les conflits de lois en matière de droits réels sur les navires, puis faire l'application de ces principes aux conflits qui peuvent s'élever à l'occasion d'une hypothèque maritime.

Notre travail se trouve ainsi divisé tout naturellement en deux parties principales ; à ces deux parties nous adjoindrons un appendice consacré à l'étude de quelques législations étrangères.

Lorsqu'un droit réel est invoqué dans un pays, les conflits de lois qui s'élèvent, alors peuvent se référer directe-

or un tel droit a un nom universellement connu ; il est usuel en droit civil, c'est l'hypothèque. » Rapport fait au nom de la Commission par M. Grivart, le 21 mars 1874.

2. V. Arrêt de la Cour de Caen du 12 juillet 1872.

ment et uniquement à ce droit réel, à sa nature, et à ses effets ; ou bien avoir trait à l'acte juridique dont il est né, à la forme extérieure de cet acte, et aux parties entre lesquelles il est intervenu. Notre intention est de n'étudier spécialement que les conflits de la première sorte, ceux qui s'élèvent en matière purement réelle; eux seuls, en effet, ont donné lieu à des difficultés sérieuses. Les autres au contraire reçoivent sans contestation aucune les solutions généralement admises en droit international ; aussi nous bornerons-nous à les mentionner en passant.

Nous ferons en outre observer que le tribunal saisi du litige à l'occasion duquel s'élève le conflit, sera toujours celui de la situation matérielle du navire. Le droit du créancier hypothécaire se résume en effet : d'abord en un droit de saisir un navire, en quelques mains et quelque lieu qu'il soit ; puis en un droit de préférence sur le prix provenant de la vente de ce navire. Or c'est à l'occasion de l'exercice de ces droits que se produisent les conflits, et ces droits ne se peuvent exercer que là où est situé le navire qu'ils grèvent.

PREMIÈRE PARTIE

Des conflits de lois en matière de droits réels sur les navires.

Les conflits de lois en matière de droits réels sur les navires se présentent généralement dans les circonstances suivantes : un navire fait escale dans un port d'un pays autre que celui auquel il appartient ; le propriétaire de ce navire veut le grever de droits réels ; ou bien une tierce personne se prévaut de droits réels sur ce navire ; quelle est alors dans ce port étranger la législation à consulter pour savoir, quels sont les droits réels dont peut être grevé ce navire ? — Ou quels sont ceux qui pèsent sur lui ? — Ou encore quelles sont les conditions auxquelles ces droits sont opposables aux tiers ? — Est-ce la loi nationale de ce navire, dite loi du pavillon ? — Ou bien est-ce la loi en vigueur dans le pays où il se trouve, la loi de la situation ? — La question a de l'intérêt, si les solutions que donnent sur ces différents points les législations des deux pays, ne se peuvent concilier, et il importe alors de prendre parti.

Deux théories, aussi radicales l'une que l'autre, ont été proposées pour trancher ces conflits : l'une consiste à n'appliquer jamais aux navires que la loi de la situation ;

l'autre les régit toujours et quand même par la loi du pavillon.

SECTION I

Théorie de la loi de la situation.

L'exposé de cette théorie peut se résumer dans le syllogisme suivant : les navires sont soumis aux lois qui régissent les meubles ; or, en matière réelle mobilière, les conflits de lois se résolvent par l'application de la *lex rei sitæ* ; donc lorsqu'il s'élève un conflit entre plusieurs législations relativement à un droit réel sur un navire, c'est la loi en vigueur dans le pays où se trouve le navire, qui doit l'emporter.

Reprenons un à un les différents termes de ce syllogisme.

I. — *Les navires sont soumis aux lois qui régissent les meubles.*

Cette proposition trouve sa justification dans l'article 190 du Code de commerce ; cet article dispose en effet que « les navires et autres bâtiments de mer sont meubles » ; or, ces mots ne peuvent signifier que ceci : les navires sont régis par les mêmes lois que les meubles, car s'il en était autrement « cette disposition n'aurait aucun sens, parce qu'elle serait sans objet (1). »

1. Laurent. *Le droit civil international*, t. VII, p. 452

II. — *En matière réelle mobilière les conflits de lois se résolvent par l'application de la lex rei sitæ.*

Dans notre ancien droit, les meubles, qu'on les envisageât *ut singuli* ou comme universalité, étaient régis par la loi du domicile de leur propriétaire. Mais cette solution une fois admise, les jurisconsultes ne la justifiaient pas tous de la même façon. Pour Rodenburgh et Boullenois, il y avait là une conséquence de cette idée, que le statut des meubles étant réel, ceux-ci devaient être soumis à la loi de leur situation ; et cette loi était celle du domicile du propriétaire, parce que les meubles n'ayant pas d'assiette fixe, il fallait leur en attribuer une par fiction, et que la situation fictive la plus naturelle était le domicile du propriétaire. D'Argentré et Dumoulin pensaient au contraire que si les meubles étaient soumis à la loi du domicile de leur propriétaire, c'était pour ce motif, que les meubles étant un accessoire de la personne, ils devaient être régis par la même loi que la personne elle-même (1).

Aujourd'hui, pour ceux qui admettent, que la loi nationale s'est substituée comme loi personnelle à celle du domicile, il y aurait un intérêt pratique à prendre parti dans la controverse, si les auteurs et la jurisprudence ne s'étaient point accordés pour adopter une solution absolument différente de celle de l'ancien droit. On est en effet

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 220 et 221.

unanime à décider aujourd'hui que les meubles envisagés individuellement, *ut singuli*, sont régis non plus par la loi personnelle de leur propriétaire, non plus par la loi de leur situation fictive, mais par la loi de leur situation effective, matérielle. Et cette solution, on la justifie en disant que c'est l'ordre public qui l'impose.

« Le statut réel français, disent MM. Aubry et Rau (1), s'applique également aux meubles corporels et aux créances qu'un étranger possède en France, en tant du moins qu'on envisage ces objets en eux-mêmes, et non comme partie intégrante d'une hérédité. »

M. Demolombe (2), s'exprime ainsi : « Ce n'est que par suite de la relation juridique qui existe entre la personne et l'universalité de ses meubles, qu'on peut soumettre le règlement de cette universalité à la loi du domicile du propriétaire. D'où la conséquence que toutes les fois que cette relation n'existera point, ou sera brisée, les meubles considérés individuellement ne seront plus régis que par la loi de leur situation actuelle. »

« J'aboutis, dit M. Laurent (3), à la conclusion que la loi territoriale règle la nature mobilière et immobilière des choses, de même que c'est elle qui établit les principes différents auxquels sont soumis les meubles et les immeubles. Ma raison de décider est que ces règles sont d'intérêt général; en ce sens elles tiennent à la souve-

1. Aubry et Rau. t. I, p. 102.

2. Demolombe. *Cours de Code civil*, t. I, p. 104

3. Laurent, *op. cit.*, t. VII, p. 216.

raineté, puisqu'il appartient à la puissance souveraine de régler tout ce qui concerne les intérêts et les droits de la société » ; et plus loin (1) : « il y a régulièrement une considération d'ordre public qui commande d'appliquer aux meubles individuels la loi de leur situation. »

Enfin, M. Renault (2) déclare que, sauf en ce qui concerne la dévolution successorale, les meubles doivent être, comme les immeubles, régis par la loi de la situation, et que c'est là « une conséquence directe de la souveraineté territoriale. »

Quant à la Cour de Cassation, elle décide que, bien que la loi française garde le silence sur les meubles, « rien n'autorise à en conclure que ces derniers dans la pensée du législateur doivent être toujours et nécessairement soumis à la loi étrangère ; qu'il ne saurait en être ainsi, tout au moins dans les questions de possession, de privilège et de voies d'exécution (3). »

Donc en résumé, les navires sont soumis aux lois qui régissent les meubles, et les meubles en cas de conflit sont régis par la loi de leur situation (4).

1. Laurent, *op. cit.*, t. VII p. 234 et 279.

2. Renault, *Revue critique*, 1881, p. 483.

3. Cassation, 19 mars 1872 ; D. 1874, 1. 465.

4. Par loi de la situation, nous entendons la loi du lieu où se trouve le meuble, au moment où le litige prend naissance, et par conséquent la loi du lieu du tribunal saisi de ce litige, puisque le tribunal saisi est celui de la situation matérielle de l'objet. Si nous insistons sur ce point, c'est qu'on a donné aux mots : loi de la situation, un sens autre que celui que nous leur

III. — Dès lors, si ces prémisses sont exactes, la conclusion s'impose : c'est la loi en vigueur dans le pays où se trouve un navire, qui doit servir à trancher les conflits de lois qui s'élèvent relativement à ce navire.

Mais ces prémisses sont-elles exactes? Ceux qui tiennent pour la loi du pavillon, le contestent.

SECTION II

Théorie de la loi du pavillon.

Cette théorie ne s'est introduite en France, qu'à une époque relativement récente, mais elle n'a point tardé à y récolter dans la doctrine, des adhésions nombreuses et considérables; la jurisprudence au contraire semble répugner à son adoption.

M. Lyon-Caen est un des partisans les plus convaincus de cette théorie; c'est un de ceux qui ont le plus contribué à sa divulgation; et c'est sur sa proposition qu'au mois de septembre 1885, à sa session de Bruxelles, l'Institut de droit international a adopté un projet réglant les conflits de lois en matière de droit maritime par l'application de la loi du pavillon.

attribuons. M. Sarrut (Loi, 22 mai 1881) admet bien que les meubles doivent être régis par la loi de la situation, mais pour lui cette loi est celle du lieu où était le meuble, lors du contrat qui donne lieu à contestation. Une pareille théorie ne repose sur aucun fondement juridique; elle a même ce singulier et fâcheux résultat de soumettre un même meuble, dans le même temps et dans le même lieu à des législations différentes.

M. Lyon-Caen reconnaît parfaitement que les conflits de lois relatifs aux meubles doivent se résoudre par l'application de la loi de la situation, mais, à l'en croire, une semblable règle ne saurait être admise, lorsqu'il s'agit de navires.

Les navires en effet, dit M. Lyon-Caen, sont bien des meubles, mais ce sont « des meubles d'une nature spéciale, qui en droit sont sous beaucoup de rapports traités d'une façon particulière (1). » Tantôt la loi les considère comme des personnes, et elle leur reconnaît un nom, une nationalité, un domicile (le port d'attache) ; tantôt au contraire elle en fait de véritables immeubles, et elle les déclare susceptibles d'hypothèque ; tantôt enfin elle les soumet à des règles que ne connaissent ni les meubles ni les immeubles, et elle les grève d'un droit de suite au profit de créanciers purement chirographaires. Et M. Lyon-Caen se base sur toutes ces particularités pour prétendre qu'il est arbitraire dans le silence de la loi d'assimiler les navires aux meubles. Avant d'étendre aux navires ce que décide la loi pour les meubles, M. Lyon-Caen pense qu'il faut voir quelles sont les raisons pour lesquelles le législateur a statué ainsi, et n'appliquer le texte aux navires, que si l'on a pour le faire identité de motifs : *cessante ratione legis, cessat lex* ; c'est ainsi que tout le monde est d'accord pour soustraire les navires à l'application du principe posé dans l'article 2279 du Code ci-

1. Lyon-Caen. *Études de droit international privé maritime ; Journal du droit international privé*, 1877, p. 487.

vil : en fait de meubles, possession vaut titre, bien qu'aucun texte ne puisse être invoqué à l'appui de cette solution.

Or, pourquoi régit-on les meubles ordinaires par la loi de la situation ? « Parce qu'ils sont destinés à être vendus et forment l'aliment du commerce ; qu'il n'y aurait pas de sécurité dans les transactions, si les meubles se trouvant dans un pays pouvaient être régis par les lois étrangères les plus diverses, par cela seul qu'ils appartiennent à des étrangers ; » enfin parce qu'on n'a aucune raison de les rattacher au pays de leur propriétaire, puisque « ils n'ont pas même de signe extérieur quelconque les y reliant (1). » Les navires au contraire ne sont pas destinés à être vendus ; de plus ils ont une nationalité et un domicile facile à constater ; dès lors aucune erreur n'est possible ; les motifs qui expliquent l'application de la loi de la situation aux meubles ordinaires ne sauraient donc justifier l'application de cette loi aux navires : par conséquent c'est la loi du pavillon qui régit les navires à l'étranger.

Et M. Lyon-Caen fait observer pour fortifier sa thèse, que la solution qu'il défend, cadre parfaitement avec « deux idées générales souvent émises, et qui sont exactes dans une large mesure (2) : »

1. Lyon-Caen, *op. cit.*, *Journal du droit international privé*, 1877, p. 488.

2. Lyon-Caen, *op. cit.*, *Journal du dr. int. pr.*, 1882, p. 244. V. note dans Sirey, 1880, 1, 257.

1^o Sous beaucoup de rapports les navires sont traités par la loi comme des personnes. Celles-ci sont régies par leur loi d'origine, il n'est donc pas étonnant qu'une règle identique s'applique aux navires ;

2^o Les navires même de commerce sont en quelque sorte une portion détachée du territoire de l'Etat dont ils portent le pavillon ; à ce point de vue ils tiennent de la nature des immeubles, et les droits sur les immeubles sont déterminés par la loi de la situation ; on conçoit dès lors qu'il en soit de même pour les navires.

Telle est l'argumentation de M. Lyon-Caen, et toutes celles qui ont été produites dans le même sens, n'en diffèrent guère. Cependant, comme on a pu le voir, M. Lyon-Caen ne va pas jusqu'à dire : les navires sont des personnes ; les navires sont des portions détachées du territoire sous le pavillon duquel ils naviguent : mais des partisans de sa théorie sont allés jusque là, et, fort logiquement d'ailleurs, ils en ont tiré cette conclusion que les navires ne sauraient être régis en pays étrangers que par leur loi nationale.

Le navire, a-t-on dit, est une partie intégrante de la souveraineté dont il porte le pavillon ; il est dès lors impossible, lorsqu'il se trouve dans un port étranger, de lui appliquer la loi en vigueur dans ce lieu, parce que ce serait porter atteinte à la souveraineté dont il relève(1).

D'autre part, M. Clunet assimile les navires aux per-

1. V. Laurent, *op. cit.*, t. 7, p. 453. D. 1862, 1, 287. Sarrut. *La Loi*, 22 mai 1881.

sonnes, parce que, comme celles-ci, les navires ont une nationalité ; aussi est-il tout naturellement amené à dire que « pour les navires comme pour tout être, auquel le législateur accorde une nationalité, la loi qui les régit doit être une, invariable, et que cette loi n'est autre que celle de leur nationalité (1). »

On a produit en outre à l'appui de la théorie de la loi du pavillon un argument d'un tout autre ordre : c'est notre ancien droit qui l'a fourni : rationnellement, dit M. Milhaud (2) la théorie de la loi du pavillon est la meilleure, mais c'est aussi celle qui dans la pratique doit l'emporter, parce qu'elle cadre avec la théorie des statuts. L'ancien droit appliquait aux meubles la loi du domicile de leur propriétaire, parce qu'il voulait que « les droits sur les meubles fussent stables, et que le transport des meubles d'une coutume dans une autre ne les fit pas changer de loi ; c'est la même nécessité pratique, qui, en ce qui concerne les navires, fait écarter la loi de la situation ; ainsi la doctrine qui applique la loi du pavillon est dans l'esprit de l'ancien droit. »

Enfin, on ne manque pas de faire observer que pratiquement cette théorie n'offre que des avantages, puisque tout le monde y trouve son intérêt ; elle donne en effet la

1. *Belgique judiciaire*, 1880, p. 145.

2. Milhaud, *Des conflits de lois en matière de privilèges et hypothèques au point de vue du droit positif français*, thèse pour le doctorat, 1884, p. 300.

sécurité à ceux qui traitent avec le propriétaire du navire, et par conséquent du crédit à celui-ci : car la loi qui régit le navire ne variant pas avec les ports où il relâche, on n'a jamais à redouter de se voir frustré par une loi, à l'application de laquelle on ne pouvait s'attendre.

Les partisans de cette théorie font toutefois cette restriction, que la loi du pavillon doit s'incliner devant un principe d'ordre public en vigueur dans le pays où se trouve le navire.

Tels sont les arguments et les considérations sur lesquels repose la théorie de la loi du pavillon. Il nous faut maintenant les discuter, en apprécier la valeur, les comparer à ceux qu'invoque l'opinion adverse, et montrer que de ces deux théories, c'est la première que nous devons adopter.

SECTION III

Réfutation de la théorie de la loi du pavillon.

Quand on examine attentivement les arguments produits à l'appui de la loi du pavillon, on s'aperçoit qu'ils sont de deux sortes : les uns militent directement et positivement en faveur de l'application de cette loi ; les autres au contraire sont de simples critiques de la théorie de la loi de la situation, et ne tendent à l'application de celle-là, que parce qu'ils concluent au rejet de celle-ci ; dès lors

discuter la valeur des arguments présentés en faveur de la loi du pavillon, c'est discuter implicitement la valeur de ceux qu'invoquent les partisans de la théorie de la loi de la situation.

Demandons-nous donc ce qu'il faut penser de la façon dont on raisonne dans la théorie de la loi du pavillon.

Les navires sont des meubles, dit-on, mais ce ne sont pas des meubles ordinaires ; ils sont régis sous certains rapports par des règles spéciales ; c'est pourquoi l'on ne peut, dans les cas où la loi est muette, leur appliquer de plein droit les décisions qu'elle édicte pour les meubles en général. On doit rechercher quels sont les motifs de ces décisions, et n'en faire l'application aux navires que si les mêmes motifs se rencontrent à leur égard. C'est ainsi, et tout le monde est d'accord sur ce point, qu'on ne soumet pas les navires à la règle, qu'en fait de meubles possession vaut titre.

Les navires sont à certains égards soumis à des règles particulières, cela est vrai. Mais la conclusion qu'on tire de ce fait n'est pas nécessaire le moins du monde ; car de ce qu'une règle n'est pas absolument générale, il n'en résulte pas qu'elle ne constitue pas le droit commun. Mais nous irons plus loin ; cette conclusion ne saurait être admise en présence du texte de l'article 190 du Code de commerce. Cet article dit en effet dans son premier paragraphe : les navires et autres bâtiments de mer sont meubles ; or c'est là la reproduction textuelle de l'article 1 du titre 10 du livre 2 de l'ordonnance de la marine de

1681 ; et si l'on réfléchit que les rédacteurs du Code de commerce se sont profondément inspirés de l'esprit de cette ordonnance (1), on est amené à soutenir très vraisemblablement que l'article 190 du Code de commerce n'a d'autre sens que celui de l'article 1 du titre 10 du livre 2 de l'ordonnance de 1681. Or l'ordonnance de la marine, de même qu'un édit du mois d'octobre 1666, avait pour but, en édictant cette disposition, de mettre un terme à une pratique de la jurisprudence, qui déclarait les navires immeubles dans certains cas où on avait intérêt à les considérer comme tels, mais qui s'empressait de répudier cette qualité d'emprunt, dès que celle-ci devenait gênante ; et cette disposition signifiait ceci : les navires sont avant tout des meubles, et on ne peut en l'absence de textes, les traiter autrement que comme des meubles. Tel était le sens de l'article 1 du titre 10 du livre 2 de l'ordonnance de 1681 ; tel est aussi par conséquent celui de l'article 190 du Code de commerce ; on est donc parfaitement autorisé dans le silence de la loi à assimiler les navires aux meubles ; il serait même arbitraire de procéder autrement.

D'autre part, si tout le monde est d'accord pour soustraire

1. V. l'exposé des motifs au Corps législatif par le conseiller d'Etat Bégouen : C'est déjà justifier en grande partie le projet qui vous est présenté que de dire que nous avons suivi presque toujours l'ordonnance de 1681. Les huit premiers titres de ce projet que nous vous apportons ici, vous fourniront la preuve de cette vérité.

les navires à l'application de la règle de l'article 2279, c'est qu'il est des textes qui excluent cette application. Les articles 9, 10, 17 et 18 du décret du 27 vendémiaire an II déclarent en effet que la vente d'un navire n'est opposable aux tiers, que si elle a été mentionnée sur le registre matricule du port auquel appartient ce navire, et inscrite au dos de l'acte de francisation (1). De sorte que si le même individu a vendu consécutivement le même navire à deux acquéreurs différents, celui-là n'est pas propriétaire, qui a été mis en possession, ainsi que le voudrait l'article 2279 ; mais celui-là l'est, dont le titre a été soumis aux formalités que nous venons d'indiquer. Mais y a-t-il dans notre droit des textes, ou même des principes, qui s'opposent à ce que les navires soient, comme les meubles ordinaires, régis par la loi de la situation ? Nous n'en connaissons pas, et tant qu'on ne nous en aura pas indiqué, nous persisterons à dire que les navires sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent.

Mais admettons pour un instant l'argumentation des partisans de la théorie de la loi du pavillon, et concédons-leur qu'on ne peut appliquer aux navires une disposition de loi régissant les meubles ordinaires, qu'autant qu'on a pour le faire des raisons identiques. On ne soumet, disent-ils alors, les meubles à la loi de la situation que

1. Rennes, 17 mars 1849 ; D. 1852. 1. 178. Rennes, 12 mai 1863 ; D. 63. 5. 255. Cassation, 3 juin 1863 ; D. 63. 1. 289. Bordeaux, 5 juillet 1870 ; D. 71. 2. 138. Rouen, 16 juillet 1873 ; D. 74. 2. 174.

pour éviter les fraudes et les erreurs auxquelles pourrait donner lieu l'application d'une loi étrangère ; or ces fraudes et ces erreurs ne sont pas à craindre avec les navires ; donc c'est leur loi nationale qu'il faut leur appliquer. Nous ne saurions admettre une semblable argumentation. Si les meubles en effet sont régis par la loi de leur situation, il ne faut pas croire que ce soit là une mesure exceptionnelle et déroatoire au droit commun, une mesure de précaution que le législateur aurait prise dans l'intérêt de nos nationaux, et qui ne saurait avoir d'application en l'absence du péril en vue duquel elle aurait été créée, non ; si les meubles sont soumis à la loi du lieu où ils se trouvent, c'est parce que la loi territoriale est souveraine, c'est qu'il y a là, comme l'a dit M. Renault, une conséquence directe de la souveraineté territoriale. Or si tels sont les motifs pour lesquels les meubles sont régis par la loi de leur situation, ces motifs ont autant de force lorsqu'il s'agit de navires, que lorsqu'il est question de meubles ordinaires.

Mais, a-t-on dit aussi, par ce fait que la loi reconnaît une nationalité aux navires, elle en fait des personnes ; or les personnes sont régies à l'étranger par leur loi nationale, il doit par conséquent en être de même des navires.

Là encore on part d'une affirmation inexacte ; un État ne reconnaît en effet, et n'impose une nationalité aux navires de ses nationaux, que dans un but de surveillance

et de protection, afin d'assurer la sécurité de la navigation et la liberté des mers (1). Comme le dit très bien un arrêt de la Cour de Bruxelles du 27 décembre 1879 (2), l'usage de reconnaître aux navires une nationalité « a été introduit pour répondre aux nécessités des relations extérieures et aux exigences du droit public international; il sert à faire exécuter certaines mesures de police; mais dans l'état de notre législation, il n'exerce aucune influence sur les engagements entre particuliers ». De sorte que conclure, de ce que la loi reconnaît aux navires une nationalité, qu'elle en fasse des personnes, c'est faire dire à la loi ce qu'elle n'a pas voulu dire.

Mais si les navires ne sont pas assimilables aux personnes, ne sont-ils pas plutôt des portions détachées du territoire dont ils portent le pavillon ? — Pas davantage. — Nous ne contestons pas, il est vrai, l'existence de cette fiction légale, mais nous prétendons qu'on n'a pas le droit de la transporter dans le domaine du droit privé. Dans cette sphère en effet, elle a des conséquences inadmissibles; elle conduit notamment à cette conclusion, que les autorités françaises par exemple, ne peuvent saisir un navire étranger dans un port de France; solution que nos lois répudient, puisqu'elles prévoient la saisie en France de navires étrangers. Or cette saisie que le Code autorise

1. Ortolan, *Règles internationales et Diplomatie de la mer*, I, p. 166.

2. *Belgique judiciaire*, 1880, p. 131.

est une atteinte infiniment plus grave à une souveraineté étrangère, que celle qui résulterait de l'application d'une loi française à un navire étranger. — La vérité est que cette fiction aux termes de laquelle les navires d'un pays sont le prolongement du territoire de ce pays, n'a été créée que dans un but tout particulier, celui de soustraire les navires étrangers aux investigations et aux curiosités des autorités locales ; et que vouloir la transporter dans le domaine du droit privé, c'est vouloir l'étendre à des hypothèses en vue desquelles elle n'a pas été créée.

Reste enfin l'argument historique, qui peut se résumer en ces quelques mots : nous devons adopter la théorie de la loi du pavillon, parce qu'elle cadre avec la théorie des statuts.

Les meubles étaient dans notre ancienne jurisprudence soumis à la loi du domicile de leur propriétaire, nous ne le contestons pas ; nous doutons fort cependant que la théorie de la loi du pavillon ait été celle de l'ancien droit, et voici ce qui nous porte à penser ainsi : l'article 16 du titre 14 du livre 1 de cette ordonnance de la marine de 1681 dont les rédacteurs du Code se sont tant inspirés, prévoyant la saisie d'un navire dans un port français, déterminait la répartition des deniers entre les différents créanciers ; et après avoir énuméré les créances privilégiées et leur rang, il terminait ainsi : *quant aux créanciers chirographaires et autres non privilégiés, ils seront payés suivant les lois et coutumes des lieux où l'adjudi-*

cation aura été faite. Ces créanciers qui ne sont ni chirographaires, ni privilégiés, ce sont, nous dit Valin (1), les créanciers hypothécaires ; d'autre part, la loi du lieu où l'adjudication est faite, c'est la loi du lieu où le navire est saisi, et par conséquent celle du lieu où il se trouve. C'était donc dans notre ancien droit la loi de la situation, qui servait à trancher les conflits de lois se présentant en matière d'hypothèque sur les navires.

On pourra, il est vrai, nous objecter que Valin interprétait ce texte d'une tout autre façon. Valin en effet, après avoir indiqué que ces mots : *et autres non privilégiés*, désignaient les créanciers hypothécaires, se demandait s'il fallait voir dans ces mots : *suivant les lois et coutumes des lieux où l'adjudication aura été faite*, une règle de statut réel, dérogeant à la règle d'après laquelle les meubles étaient régis par la loi du domicile de leur propriétaire, et il résolvait la question dans le sens de la négative. Il justifiait cette manière de voir en disant, que le principe, d'après lequel les meubles sont régis par la loi du domicile de leur propriétaire, était un principe si certain et si universellement admis, que son abrogation même partielle ne pouvait être faite qu'en termes exprès ; et il se débarrassait du texte de l'ordonnance de 1681, en disant que ces mots : *suivant les lois et coutumes des lieux où l'adjudication aura été faite*, signifiaient : *suivant les lois du domicile du débiteur*, parce que le législateur avait

1. V. Valin. *Commentaire de l'article 16 du titre 14 du livre 4 de l'Ordonnance de la marine.*

statué en vue du cas le plus fréquent, et que le plus souvent le domicile du débiteur et le lieu de l'adjudication se confondent. Valin pensait donc que les navires ne devaient jamais être régis que par leur loi nationale.

Quelle que soit l'autorité qui s'attache au nom de Valin, nous croyons que l'interprétation donnée par lui aux derniers mots de l'article 16 du titre 14 du livre 1 de l'ordonnance de 1681 ne saurait être admise. De ce qu'un principe de droit en effet est certain, indiscutable, il n'en résulte pas que ce principe ne soit pas susceptible d'abrogation implicite ; nous ne voyons pas en outre quels termes plus formels les rédacteurs de l'ordonnance de 1681 auraient bien pu employer pour décréter l'application aux navires de la loi de la situation. D'autre part les mots : suivant les lois et coutumes des lieux où l'adjudication aura été faite, ont un sens général et sont applicables aussi bien au cas où la saisie est faite en dehors du domicile du propriétaire, qu'à celui où elle est faite à ce domicile. Certains des articles du même titre qui précèdent l'article 16 (1) prévoient en effet les deux hypothèses, et ils posent des règles spéciales pour chacune d'elles ; les rédacteurs de l'ordonnance de 1681 n'ont donc pas songé seulement à l'hypothèse la plus fréquente, mais ils ont entendu statuer et pour le cas où le navire est saisi au domicile de son propriétaire, et pour celui où il est saisi en dehors de ce même domicile. Dans de telles circonstances, si la décision de l'article 16 ne s'ap-

1. V. art. 2, 3, 5.

pliquait qu'à l'une de ces hypothèses, comment admettre que les rédacteurs de l'ordonnance de la marine ne s'en fussent pas expliqués !

Mais cet article 16, pourra-t-on nous objecter alors, est devenu l'article 191 du Code de commerce ; or l'article 191 ne reproduit pas la disposition finale de l'article 16, c'est donc que la solution admise dans cette disposition n'a pas été adoptée par les rédacteurs du Code de commerce. Nous répondrons que cette disparition s'explique d'une manière assez plausible, par cette considération que la disposition finale de l'article 16 supposant un conflit entre deux coutumes françaises, et le Code de commerce devant s'appliquer à tout le territoire, les rédacteurs du Code ont dû la considérer comme étant sans objet.

On peut donc soutenir avec vraisemblance que la théorie de la loi du pavillon n'était point admise dans notre ancien droit. On a même le droit de prétendre qu'elle a été implicitement répudiée par le législateur moderne. La loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime renferme en effet certaines décisions (V. art. 33 de cette loi) sur lesquelles nous insisterons dans la seconde partie de cette étude, et qui apparaissent comme des applications de cette idée que les navires sont au point de vue du droit privé, régis par la loi du lieu où ils se trouvent.

Quant aux avantages pratiques que présenterait l'application de la loi du pavillon, ils sont incontestables ; mais

l'argument qu'on en tire, n'a de valeur qu'au point de vue législatif ; il n'en a pas ici, où il ne s'agit que d'interpréter la loi. Au reste il est bon de faire observer que la théorie de la loi du pavillon n'a pas toujours des résultats aussi excellents qu'on veut bien le dire, et que dans certains cas sa mise en pratique pourrait, elle aussi, être la source de fraudes et d'erreurs. En Mecklembourg par exemple (1), l'hypothèque légale grève les navires, et cette hypothèque est occulte. En Danemark (2) l'hypothèque maritime conventionnelle est clandestine également, car toute la publicité se résume dans la lecture du contrat devant le tribunal du lieu où l'hypothèque a été constituée, et aucune mention n'est faite sur les papiers du bord. De sorte que si un navire mecklembourgeois on danois est saisi et vendu en France, et si la question de savoir s'il est ou non hypothéqué, est tranchée conformément à la loi mecklembourgeoise ou danoise, il peut parfaitement se faire que des créanciers français soient lésés, sans qu'il aient en somme la moindre imprudence à se reprocher.

Enfin l'argumentation sur laquelle repose la théorie de la loi du pavillon, n'a rien de spécial aux navires ; elle peut être rééditée pour tous les meubles ayant une indi-

1. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874, p. 102.

2. Communication de M. de Ferréol, ministre de France à Copenhague, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874, p. 99. Desjardins. *Droit commercial maritime*, t. 5, p. 371.

vidualité, une nationalité, un domicile, pour les titres au porteur notamment. Ces titres en effet ont une individualité, qui se manifeste par un numéro ; un domicile, qui est le siège du gouvernement ou de la société qui les a émis ; une nationalité, dont ils portent l'empreinte. Or si l'on appliquait à ces titres leur loi nationale, et l'on a demandé aux tribunaux français de le faire (1), on aboutirait à des résultats inadmissibles : c'est ainsi qu'on devrait donner effet en France aux hypothèques grevant des rentes italiennes conformément à l'article 1967 du Code civil italien ; c'est ainsi qu'on devrait décider, comme M. Lyon-Caen l'admet pour les navires (2), que des titres au porteur sont insaisissables en France, parce que la loi en vigueur dans le pays où ils ont été émis, leur confère ce privilège. Nous pensons qu'il y aurait là une atteinte intolérable à la souveraineté française. Du reste étant donné la multitude et la diversité des titres émis, rien ne serait plus nuisible à leur circulation, rien ne serait plus favorable à leur dépréciation, que leur soumission en pays étranger à leur loi nationale. Et cependant cette situation, il faut bien s'y résigner, si l'on admet le principe sur lequel repose la théorie de la loi du pavillon, car si l'on se réserve le droit de rejeter telles conséquences d'un principe, et d'adopter telles autres, parce que celles-là sont gênantes, tandis que celles-ci sont avantageuses, on tombe dans l'arbitraire le plus complet.

1. V. *le Droit*, 7 janvier 1883.

2. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 26.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte que les navires doivent être au point de vue du droit privé, traités comme les meubles ordinaires. Les conflits de lois qui s'élèvent en matière de droits réels sur les navires doivent donc recevoir la même solution que ceux qui s'élèvent en matière mobilière, et cette solution, c'est la loi de la situation qui la fournit.

DEUXIÈME PARTIE

La loi de la situation. Son application aux conflits de lois en matière d'hypothèque maritime.

Les conflits de lois en matière de droits réels sur les navires se tranchent par l'application de la loi de la situation ; tel est le principe que nous avons dégagé. Il nous faut maintenant en faire l'application à un droit réel particulier, à l'hypothèque des navires.

L'hypothèque maritime existe dans certains pays, mais elle ne se rencontre pas dans certains autres, et dans ceux où elle existe, elle n'est point traitée partout d'une façon identique. On conçoit donc dès maintenant deux sortes de conflits : conflits entre la loi d'un pays où l'hypothèque maritime existe, et celle d'un pays où l'hypothèque maritime est inconnue ; conflits entre lois qui admettent l'hypothèque maritime, mais qui la réglementent, de façons différentes. Nous consacrerons un chapitre à l'étude de chacune de ces catégories de conflits.

CHAPITRE I

CONFLITS ENTRE DEUX LOIS DONT L'UNE NE CONNAÎT PAS
L'HYPOTHÈQUE MARITIME, ET DONT L'AUTRE L'ADMET.

La possibilité de conflits de ce genre se conçoit : 1° quand un navire hypothéqué ou susceptible de l'être de par sa loi nationale se trouve dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime est inconnue ; 2° quand un navire dont la loi nationale n'admet pas l'hypothèque maritime, est ancré dans un port d'un pays, où l'hypothèque des navires est pratiquée.

SECTION I

Un navire hypothéqué ou susceptible de l'être se trouve dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime est inconnue.

Cette situation peut donner lieu aux difficultés suivantes : A. — Un navire est saisi et vendu dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime n'est pas admise ; doit-on tenir compte de ces hypothèques dans la distribution des deniers provenant de la vente ? B. — Un navire susceptible d'hypothèque est hypothéqué dans un port

où la loi en vigueur ne reconnaît pas l'hypothèque maritime ; cette hypothèque est-elle valablement constituée ? Et si elle l'est, à quelles règles de forme cette constitution est-elle soumise ? Quels sont les effets de cette hypothèque ? Et à quelles conditions ces effets sont-ils produits ?

A. — Un navire hypothéqué est saisi et vendu dans un port où l'hypothèque maritime n'est pas pratiquée. On se demande s'il y a lieu de tenir compte pour la distribution des deniers des hypothèques qui grèvent ce navire.

Il faut répondre affirmativement si l'on se réfère à la loi nationale du navire, car vis-à-vis d'elle ces hypothèques sont valablement constituées ; mais négativement si l'on consulte la loi en vigueur dans le lieu où le navire est vendu, car à son égard ces hypothèques n'existent pas.

Or, nous avons vu que les conflits de lois en matière de droits réels sur les navires, se tranchent, comme les conflits en matière réelle mobilière ordinaire, par l'application de la loi de la situation ; d'où il résulte que c'est la loi du lieu où se trouve un navire, qui détermine les droits réels dont ce navire est grevé. Faisant l'application de cette règle au cas particulier qui nous occupe, nous dirons : c'est la loi en vigueur dans le port où se trouve un navire saisi et vendu, qui décide si ce navire est ou non hypothéqué. Et comme dans l'hypothèse que nous avons faite, la loi de la situation ne connaît pas l'hypothèque

que maritime, et que c'est cette loi que les autorités chargées de la répartition des deniers doivent consulter, nous sommes amené à déclarer que la prétention de ceux qui invoquent un droit d'hypothèque pour se faire payer par préférence, doit être écartée.

Au reste on aurait dû adopter cette solution en France avant 1874, quand bien même on prétendrait que les navires sont régis à l'étranger par leur loi nationale, car alors même que la loi française autorise l'application en France d'une loi étrangère, elle ne le fait que sous réserve des principes d'ordre public reconnus dans ce pays.

Mais, dit M. Lyon-Caen, les lois qui admettent ou repoussent l'hypothèque maritime, n'ont pas le caractère de lois d'ordre public (1).

Il y a là une erreur ; l'hypothèque maritime, nous l'avons vu (V. Supra, p. 99), est la base du crédit commercial international ; or, tout ce qui dans un pays touche à l'organisation du crédit, est éminemment d'ordre public (2) ; de sorte que la loi de ce pays ne saurait sur ce point abdiquer devant une loi étrangère.

La question que nous venons de résoudre se posait en France, avant la loi du 10 décembre 1874 qui a introduit l'hypothèque maritime dans notre législation, toutes les fois qu'un navire étranger grevé d'hypothèques était saisi et vendu dans un port français. Et la solution consa-

1. Lyon-Caen, *op. cit.* J. dr. int. pr. 1882, p. 247.

2. Weiss. *Traité élémentaire de droit international privé*, p. 788.

crée par la jurisprudence était celle que nous avons adoptée.

Il est à remarquer que nos tribunaux n'ont eu à se prononcer sur cette question qu'à une époque relativement récente ; la rareté de conflits de ce genre a tenu, comme M. Lyon-Caen l'a très bien montré (1), au régime de protection sous lequel nous avons si longtemps vécu. Jusqu'en 1860 en effet, l'entrée d'un navire étranger dans un port français était un fait anormal, de sorte que la possibilité d'un conflit ne se présentait guère. Mais l'abolition des droits de tonnage, et l'assimilation des pavillons ont attiré les navires étrangers dans les eaux françaises, et ouvert la porte aux contestations, et partant aux conflits de lois.

La première décision de jurisprudence que nous ayons rencontrée en cette matière, est du 9 avril 1870 ; elle émane du tribunal de commerce de Honfleur. Un sieur Lethbridge établit à Honfleur y fit faillite ; il était anglais et dans l'actif de sa faillite on trouva un navire anglais hypothéqué à des sujets anglais selon les formes de la loi anglaise, et que le syndic se fit autoriser à vendre. Les créanciers hypothécaires anglais intervinrent, et entre autres prétentions, ils émirent celle de se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires en vertu de leurs hypothèques. Le syndic se refusa à faire droit à leur demande. La contestation fut portée devant le tribu-

1. Lyon-Caen, *op. cit.* *J. dr. int. pr.* 1877, p. 479 et 480.

nal de commerce de Honfleur, qui le 9 avril 1870 donna gain de cause aux créanciers hypothécaires (1).

Le syndic appela de ce jugement devant la Cour de Caen et le 12 juillet 1870, cette Cour rendit un arrêt après partage infirmant le jugement du tribunal de Honfleur (2). La Cour base sa décision sur ce qu'une convention constitutive d'hypothèque maritime ne saurait produire effet en France, attendu que les navires étant des meubles, aux termes de l'art. 190 du code de commerce, et les art. 2118 et 2119 du Code civil déclarant les meubles non susceptibles d'hypothèque, une telle convention est prohibée par la loi française. L'arrêt ajoute que d'ailleurs les navires étant des meubles, et les meubles étant régis par la loi de leur situation, les navires sont dans les eaux françaises soumis à nos lois, quelle que soit leur nationalité.

Un pourvoi en cassation fut formé contre l'arrêt de la cour de Caen. Il était basé sur ce que cet arrêt violait l'article 3 du Code civil, qui ne soumet à la loi française que les immeubles ; — ainsi que l'article 1134, aux termes duquel, les conventions légalement formées sont la loi des parties ; — enfin sur ce qu'il faisait une fausse application des articles 2118 et 2119, ces articles n'ayant pas le caractère d'ordre public que la cour de Caen leur avait attribué.

Mais le pourvoi fut rejeté par la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation le 19 mars 1872, sur les conclu-

1. Sirey. 1871, 2. 57.

2. Sirey. *Ibid.*

sions conformes de M. l'avocat général Connelly (1). Cet arrêt de rejet dispose que la Cour de Caen n'a pas fait une fausse application des articles 2118 et 2119 : que la décision attaquée ne viole pas l'article 3, attendu que si cet article ne soumet pas expressément les meubles à l'empire de la loi française, il n'en résulte pas nécessairement que les meubles ne sont pas soumis à cette loi, et qu'ils le sont certainement en matière de possession, privilèges, voies d'exécution : qu'il ne viole pas davantage l'art. 1134, attendu que « il s'agissait de déterminer l'effet de la convention entre le sieur Lethbridge et les créanciers hypothécaires, non pas entre les parties contractantes, mais par rapport aux créanciers français agissant en vertu d'un droit propre, pour contester ce qui avait été fait; que l'article 1134, ne reçoit donc ici aucune application. »

Nous ferons au sujet de ce dernier *attendu* l'observation suivante : alors même que la contestation se serait élevée entre les parties contractantes entre les créanciers hypothécaires et le propriétaire du navire, et qu'il se fut agi de déterminer dans les rapports des contractants les effets de la convention, la Cour de Caen, en statuant comme elle l'a fait, n'aurait pas violé le principe posé dans l'article 1134, à savoir que les conventions légalement formées sont la loi des parties, car s'il est loisible à celles-ci de soumettre leur convention, pour ce qui est de sa formation et de ses effets, à une loi étrangère, il n'en résulte

1. Sirey. 1872. 1. 238.

pas que cette convention doit nécessairement produire ses effets en France, pour cette raison qu'elle est valable d'après la loi étrangère à laquelle elle est soumise ; l'art. 1134 n'oblige en effet les tribunaux à assurer les effets de cette convention, que si ces effets n'ont rien de contraire à la loi française.

C'est ce qu'a très bien vu le tribunal civil de Marseille et ce dont il a fait l'application dans un jugement du 13 juin 1874 (1). Au cours de l'année 1872 un navire grec, l'*Enossis*, fut saisi et vendu dans le port de Marseille. Un règlement provisoire des créances produites émanant du juge commissaire fut l'objet d'un certain nombre de contredits, sur lesquels le tribunal civil de Marseille fut appelé à statuer. Le règlement était attaqué notamment au sujet de la validité d'une collocation hypothécaire faite au profit des sieurs Lazaraki et Politis, sur leur demande, et sur la justification de la légalité d'une hypothèque constituée sous l'empire de la loi grecque. Le 13 juin 1874, le tribunal déclara que les sieurs Lazaraki et Politis ne pouvaient être colloqués que comme simples créanciers chirographaires : attendu qu'il est constant que les conventions sont régies quant à la capacité personnelle des parties par la loi de leurs pays, et quant à la légalité des stipulations qui y sont contenues par la législation du lieu du contrat ; qu'à ce point de vue la validité des stipulations hypothécaires invoquées dans l'espèce à l'appui des collocations contestées, n'aurait pu être utilement attaquée

1. *Journal de Jurisprudence commerciale et maritime*, 1875, I. 13.

au fond, en admettant d'ailleurs qu'elles fussent régulières en la forme.

Attendu qu'il est constant que les conventions même légalement formées en pays étranger, ne peuvent avoir effet et recevoir leur exécution en France, toutes les fois qu'elles viennent se heurter contre une disposition prohibitive de la loi française ; que le juge français ne peut-être tenu de protéger par ses décisions, et par l'appui de la force publique, des contrats que réprouve la loi française.

Attendu qu'en France les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque, et que dans l'état de la législation ce principe s'applique aux navires comme à tous autres objets mobiliers ; que par conséquent le droit hypothécaire dont excipent les sieurs Lazaraki et Politis, et sur lequel repose leur collocation provisoire, ne peut, quoique admis dans la loi grecque, être utilement exercé dans une distribution exclusivement régie par la loi française.»

Nous avons cru bon, pour terminer l'examen de la question de savoir si l'on peut se prévaloir d'un droit d'hypothèque maritime dans un pays où cette hypothèque est inconnue de citer les motifs de ce jugement, parce qu'ils résument en termes excellents et d'une façon complète les raisons qu'on peut invoquer, pour justifier la solution que nous avons adoptée.

B. — Un navire susceptible d'hypothèque d'après la loi de son pays est hypothéqué dans un port où la loi en vigueur ne reconnaît pas l'hypothèque maritime ; cette

hypothèque est-elle valablement constituée ? Si elle l'est, à quelles règles de forme cette constitution est-elle soumise ? Quels sont les effets de cette hypothèque ? Et à quelles conditions ces effets sont-ils produits ?

Cette hypothèque ne saurait être invoquée dans le lieu où elle a été constituée, cela est bien certain et ressort des explications que nous venons de donner.

Mais en est-il de même dans le pays dont le navire porte le pavillon ? La réponse à cette question ne saurait être douteuse, l'hypothèque est valable en principe ; car le contrat n'est évidemment pas régi dans l'espèce, par la loi du lieu où il a été passé ; les parties ont entendu faire quelque chose qui ne fût pas nul, et selon toute vraisemblance elles ont voulu soumettre leur convention à la loi nationale du navire. Il s'agit alors d'appliquer dans un pays, à un contrat, une loi qui est celle de ce pays, de sorte qu'aucune difficulté ne saurait surgir relativement aux effets de la convention, et aux conditions auxquelles ces effets seront produits, la loi du pavillon et celle de la situation se confondant dans l'espèce.

La loi du lieu, où le contrat est passé, ne reconnaissant pas l'hypothèque maritime, il ne saurait être question d'appliquer ici à la forme de ce contrat la règle : *locus regit actum* ; il n'y a dès lors qu'une loi à laquelle on puisse s'en référer sur ce point, c'est la loi nationale du navire. Nous croyons toutefois qu'il y a lieu de faire la restriction suivante : il peut arriver que la loi du pays auquel le navire appartient, n'admette pour la constitu-

tion de l'hypothèque maritime d'autre forme que la forme authentique; le Code de commerce de l'Uruguay notamment (art. 767) contient une disposition de ce genre; si nous supposons qu'un navire de l'Uruguay se trouve dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime n'existe pas, et que le capitaine de ce navire veuille l'hypothéquer, il peut se faire que les officiers publics du lieu se refusent à recevoir un contrat de ce genre; le capitaine ne pourra donc hypothéquer son navire que par acte sous seing-privé. Cet acte devrait-il valoir dans l'Uruguay? Nous considérons que l'hypothèque doit y être tenue pour valable, parce que le capitaine peut s'être trouvé dans la nécessité d'hypothéquer son navire, qu'il n'a pu employer d'autre forme que la forme sous seing-privé, et qu'exiger dans de telles circonstances la forme authentique, ce serait lui interdire la faculté d'hypothéquer.

De ce que nous venons de dire, il résulte que l'hypothèque constituée sur un navire français à l'étranger, en un pays où l'hypothèque maritime est inconnue, est valable en France, et que la loi française détermine ses effets, et les conditions auxquelles elle est opposable aux tiers. Voilà la théorie, voyons maintenant le droit positif.

L'article 2128 du Code civil dispose que: les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. On a prétendu que ce texte avait une portée gé-

nérale (1), qu'il s'appliquait à toutes espèces de biens situés en France, même aux navires, et que comme il n'y avait été dérogé relativement à l'hypothèque maritime, ni par une loi politique, ni par des traités, on ne pouvait considérer la constitution de l'hypothèque à l'étranger sur un navire français, que comme une simple promesse d'hypothéquer; c'est aussi ce que paraît avoir implicitement admis la Cour de Cassation (2).

Cette argumentation a soulevé de vives critiques. L'article 2128, a-t-on dit, doit être écarté dans l'espèce, car il n'a trait qu'aux hypothèques immobilières (3). Et qu'on aille pas dire que dans le silence de la loi du 10 décembre 1874, les dispositions du Code civil sur les hypothèques immobilières s'appliquant à l'hypothèque maritime, celle-ci tombe sous le coup de l'article 2128. Il ne saurait en effet en être ainsi que si cet article consacrait une règle de droit commun; la disposition de l'article 2128 est au contraire absolument exceptionnelle, elle déroge aux principes les plus incontestés du droit international; rationnellement elle est injustifiable; elle ne s'explique que par l'histoire (4); elle est le résultat d'une confusion faite par les rédacteurs du Code; ceux-ci ont été influencés par le souvenir de l'ancien droit, où l'hy-

1. Sarrut. *La Loi*, 22 mai 1881.

2. S. 80. 1. 257.

3. Lyon-Caen, *op. cit.*, *J. dr. int. pr.*, 82. p. 251. C. de Grenoble, 11 mai 1881, *J. dr. int. pr.*, 81, p. 428.

4. Lyon-Caen, *ibid.*

pothèque était liée à la force exécutoire, et voulant refuser la force exécutoire aux actes passés en pays étranger, ils leur ont en même temps dénié la vertu de produire hypothèque (1). Dans ces conditions, il ne faut appliquer l'article 2128, que si l'on se trouve indubitablement dans ses termes ; c'est pourquoi il serait arbitraire de l'étendre à l'hypothèque des navires, qui était inconnue lors de sa promulgation.

Telle est la controverse ; elle étonne lorsqu'on sait que la loi du 10 décembre 1874 a prévu l'hypothèque des navires français à l'étranger ; on ne la comprend plus lorsqu'on a lu le texte de l'article 26 de cette loi, et consulté les travaux préparatoires.

L'article 26 dit en effet : les hypothèques réalisées au cours de voyage sont constatées sur l'acte de francisation ; à l'étranger par le consul de France, ou à défaut par un officier public du lieu du contrat. Elles prennent rang du jour de leur inscription sur l'acte de francisation.

Or, comme le fait très bien remarquer M. Milhaud (2). Si la constitution à l'étranger d'une hypothèque sur un navire français ne valait en France que comme promesse d'hypothéquer, l'hypothèque prendrait rang, non pas à compter de la date de l'inscription du contrat sur l'acte de francisation, inscription faite à l'étranger, peut-être même par un officier public étranger, mais à partir du jour où l'inscription aurait été prise en France, à la suite

1. Weiss, *op. cit.*, p. 791.

2. Milhaud, *op. cit.*, p. 313.

de la réalisation amiable en ce pays de la promesse d'hypothéquer.

D'autre part, M. Grivart dans le rapport fait au nom de la commission le 21 mars 1874, sur le projet qui est devenu la loi du 10 décembre 1874, s'est exprimé ainsi : « Dans l'article 26, on donne au propriétaire d'un navire en cours de voyage la faculté de l'hypothéquer. Une disposition spéciale était nécessaire, car l'inscription de l'hypothèque devant en principe se faire à la fois sur l'acte de francisation qui voyage avec le navire, et sur le registre spécial au port d'immatricule, les formalités constitutives du droit ne peuvent être remplies que pour le navire présent à son port d'attache.

« D'après l'article 26, pour se réserver le moyen d'hypothéquer un navire en cours de voyage, il suffira de déclarer avant le départ, devant le receveur des douanes la somme pour laquelle on veut user de ce droit. La déclaration sera mentionnée à la fois sur le registre du receveur et sur l'acte de francisation. Cette formalité accomplie, l'hypothèque pourra se réaliser par une simple inscription sur l'acte de francisation. Elle pourra donc être constituée en quelque lieu que se trouve le navire, par son propriétaire, ou par le fondé de pouvoirs spécial de celui-ci. »

Donc on a fait en sorte que les formalités constitutives de l'hypothèque puissent être remplies en pays étranger ; cette hypothèque peut être constituée en quelque lieu que se trouve le navire ; elle se réalise par une simple ins-

cription sur l'acte de francisation. Voilà qui est catégorique.

Au reste la loi du 10 juillet 1885, qui remplace la loi de 1874, est encore plus formelle. Le deuxième paragraphe de l'article 33 de cette loi a trait aux hypothèques « consenties » à l'étranger; or une hypothèque consentie est une hypothèque conférée, et non pas seulement promise (1).

Et M. Barne dans son rapport au Sénat, parlant de la loi de 1874 qu'on allait abroger, dit: les emprunts hypothécaires faits au cours de voyage et à l'étranger étaient permis par l'ancienne loi, et ils produisaient immédiatement tous leurs effets à l'égard des tiers, sous certaines conditions difficiles à remplir, et qui pouvaient laisser ignorer l'existence des hypothèques, ou en vicier la constitution. Il ajoute que, à raison de ces inconvénients, la Chambre avait interdit l'hypothèque en cours de voyage, mais que le Sénat a cru devoir la rétablir, en modifiant le mode de publicité, en substituant l'inscription sur le registre du receveur des douanes du port d'immatricule, à l'inscription sur l'acte de francisation; en dehors de là, la constitution de l'hypothèque en pays étranger est toujours possible; la loi de 1885 n'a rien changé sur ce point aux dispositions de la loi de 1874.

Tout cela prouve surabondamment qu'à supposer que l'hypothèque maritime eut dû tomber sous le coup de l'article 2128, elle a été soustraite à son empire par les lois

1. V. en ce sens, Weiss, *op. cit.*, p. 792.

de 1874 et de 1885, et que l'hypothèque constituée en pays étranger sur un navire français, vaut en France comme hypothèque, et non pas seulement comme promesse d'hypothéquer.

Le contrat hypothécaire passé en pays étranger peut avoir été dressé à la chancellerie du consulat français; il ne diffère point alors des actes authentiques reçus en France par des officiers publics français; comme eux, il a la force exécutoire, et en vertu de ce titre le créancier hypothécaire peut faire commandement, et procéder à la saisie du navire. Mais ce titre ne lui confère de droit de préférence sur le prix provenant de la vente du navire, que du jour où, conformément au 2^e paragraphe de l'article 33 de la loi du 10 juillet 1885, il a été pris inscription sur le registre de la recette principale des douanes du port d'immatricule.

Le créancier hypothécaire, que la constitution d'hypothèque ait été faite par acte sous seing-privé, ou par acte reçu par un officier public étranger, sera, au cas où le navire serait saisi et vendu à la requête d'un autre créancier, payé par préférence sur le prix, moyennant que les conditions de publicité prescrites par la loi française aient été remplies; car ce sont les seules formalités auxquelles le 2^e paragraphe de l'article 33 de la loi du 10 juillet 1885 subordonne l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers.

Mais si ce créancier veut saisir lui-même le navire sur lequel il a hypothèque, il devra se procurer un titre

exécutoire. L'acte constitutif d'hypothèque est-il sous seing privé, ce créancier n'aura d'autre ressource, que d'obtenir un jugement de condamnation contre son débiteur. L'acte a-t-il été reçu par un officier public étranger, il devra faire conférer à ce titre la force exécutoire. L'article 546 du Code de procédure civile dispose en effet que les actes reçus par des officiers publics étrangers n'ont pas en principe force exécutoire en France; toutefois cet article ajoute que ces actes, de même que les jugements rendus en pays étranger, peuvent avoir force exécutoire à certaines conditions, pour la détermination desquelles il renvoie aux articles 2123 et 2128 du Code civil.

Or, on a interprété l'article 546 en ce sens, qu'il renvoie à l'article 2123 pour l'exécution des jugements, et à l'article 2128 pour l'exécution des contrats; et comme l'article 2128 renvoie lui-même à des lois politiques et à des traités qui n'existent pas, on en a conclu, fort logiquement du reste, que la loi n'avait pas déterminé les formalités auxquelles les actes passés en pays étranger peuvent acquérir en France la force exécutoire. Dès lors, a-t-on dit, le créancier n'est pas plus avancé, que s'il n'avait en mains qu'un acte sous seing-privé, et il n'a d'autre moyen de saisir le navire que celui-ci : obtenir, en s'appuyant sur l'acte étranger à titre de moyen de preuve, un jugement de condamnation (1). Et se basant sur ce que l'article 2123 n'a trait qu'à l'exécution des juge-

1. Lyon-Caen, *op. cit.*, *J. dr. int. pr.*, 1882, p. 253.

ments étrangers, on a critiqué un arrêt de la Cour de Cassation (1) du 25 novembre 1879, et un arrêt de la Cour de Grenoble (2) du 1^{er} mai 1881, décidant tous les deux que le créancier hypothécaire devait, pour faire donner force exécutoire à son titre, s'adresser à un tribunal français conformément à l'article 2123.

Nous ne croyons pas que cette critique soit justifiée ; certes le créancier hypothécaire peut très bien pour se procurer un titre exécutoire, actionner son débiteur en justice, et prendre jugement contre lui ; mais nous prétendons avec M. Labbé, que l'article 546 du Code de procédure civile l'autorise aussi à demander à un tribunal français de conférer la force exécutoire à son titre.

D'après M. Labbé (3), l'article 546 renvoie à l'article 2123 aussi bien pour les actes que pour les jugements, en tant qu'il s'agit de la détermination des conditions auxquelles la force exécutoire est conférée. Quant au renvoi à l'article 2128, il peut très bien s'interpréter de la façon suivante : les actes reçus par des officiers publics étrangers obtiennent la force exécutoire de la même façon que les jugements étrangers, mais à la différence de ces derniers, ils ne peuvent donner hypothèque sur des biens de France.

Cette explication ingénieuse ne nous paraît guère admissible ; il n'est en effet question dans l'article 546 que

1. *J. dr. int. pr.*, 1880, p. 543.

2. *J. dr. int. pr.*, 1881, p. 428.

3. V. note Labbé, S. 1881. 2. 225.

de la façon dont l'exécution forcée peut être obtenue, et non pas des effets de la force exécutoire ; on ne voit pas alors pourquoi les rédacteurs du Code auraient éprouvé le besoin d'y rappeler que les actes passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque en France. Pour nous l'article 546 renvoie distributivement, et à l'article 2123 pour les jugements et à l'article 2128 pour les actes ; c'est là, croyons-nous la seule interprétation possible de l'article 546 ; mais les rédacteurs de cet article pensaient en édictant ce renvoi, que l'article 2128 ne statuait pas autrement pour les actes, que l'article 2123 pour les jugements ; de sorte, que bien que renvoyant distributivement, ils entendaient ne donner qu'une seule et même solution pour les jugements et pour les actes ; la preuve en est aux travaux préparatoires. Dans son discours prononcé le 21 avril 1806, en présentant au corps législatif le vœu d'adoption émis par la section du Tribunal sur les onze premiers titres du livre 5 de la première partie du Code de procédure civile, M. Favard s'est en effet exprimé en ces termes: « *Le Code civil et le Code de procédure portent que les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par des officiers à moins qu'ils n'aient été déclarés exécutoires par un tribunal français* (1). » Les rédacteurs du Code de procédure se sont donc dispensés d'attribuer expressément compétence aux tribunaux français pour conférer la force

1. Loaré, t. 22, p. 617 et 618.

exécutoire aux actes reçus par des officiers publics étrangers, parce qu'ils étaient convaincus que le Code civil l'avait fait avant eux : On a donc le droit de dire que les actes authentiques étrangers peuvent obtenir force exécutoire des tribunaux français ; car décider ainsi, c'est se conformer à l'intention absolument certaine du législateur.

Telles sont les difficultés auxquelles peut donner lieu la constitution d'une hypothèque sur un navire français, en un pays où l'hypothèque maritime est inconnue. Nous ajouterons en terminant que ce droit d'hypothèque peut être invoqué par qui que ce soit, voire même par un étranger dont la loi nationale n'admet pas l'hypothèque maritime. L'hypothèque des navires en effet est incontestablement au nombre des droits dont les étrangers ont la jouissance en France ; et d'autre part comme il s'agit ici d'un droit réel, et que l'étranger n'est soumis à sa loi personnelle, qu'en ce qui concerne son état et sa capacité, il n'y a pas lieu de se préoccuper du point de savoir si la loi nationale de l'étranger reconnaît, ou n'admet pas l'hypothèque maritime.

SECTION II

Un navire dont la loi nationale ne reconnaît pas l'hypothèque maritime, se trouve dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime est pratiquée.

C'était avant 1874 la situation d'un navire français dans un port d'Angleterre par exemple ; c'est aujourd'hui

encore la situation d'un navire français de moins de vingt tonneaux dans un port de Belgique (1).

On conçoit que cette situation puisse donner lieu à la difficulté suivante : ce navire étant hypothéqué dans le port où il se trouve, cette hypothèque doit-elle être tenue pour valable dans ce lieu ?

Les navires sont régis par la loi du lieu où ils se trouvent : telle est la règle que nous avons dégagée dans la première partie de cette étude ; c'est donc la loi du lieu où se trouve un navire, qui détermine quels sont les droits réels dont ce navire peut être grevé ; nous devons alors décider, que l'hypothèque constituée sur un navire, que sa loi nationale ne reconnaît pas susceptible d'être hypothéqué, dans un lieu où l'hypothèque maritime existe, doit être dans ce lieu tenue pour valable.

Et nous ajouterons que c'est évidemment cette loi qui déterminera la forme de cette constitution, les effets de l'hypothèque, et les conditions auxquelles ces effets seront produits ; on ne voit pas en effet quelle autre loi pourrait être consultée sur ces différents points.

Mais, dira-t-on, en admettant même que l'hypothèque soit valablement constituée en principe, elle sera en fait absolument inefficace, car les conditions auxquelles ses

1. L'art. 36 de la loi du 10 juillet 1885 déclare que les navires de moins de 20 tonneaux ne sont pas susceptibles d'hypothèque : la loi belge du 21 août 1879 admet au contraire l'hypothèque de tous les navires, quel que soit leur tonnage.

effets sont subordonnés, ne sauraient être remplis. Prenons par exemple la loi française ; elle dispose que l'hypothèque sur un navire n'est opposable aux tiers, que du jour où elle a été inscrite sur le registre du receveur principal des douanes du port d'immatricule (art. 6 de la loi du 10 juillet 1885) ; dès lors si un navire dont la loi nationale ne reconnaît pas l'hypothèque maritime, vient relâcher dans un port français, et y est hypothéqué, l'hypothèque, quelque valable qu'elle soit en principe, ne saurait produire d'effets en France, parce qu'elle ne pourra y être rendue publique ; le navire en effet n'étant point immatriculé en France, n'y ayant point son port d'attache, aucun receveur des douanes n'aura qualité pour inscrire cette hypothèque.

Soit, sous l'empire de la loi du 10 juillet 1885, l'hypothèque constituée dans les conditions que nous venons de voir, ne saurait être publiée ; mais il n'en a pas toujours été ainsi ; la loi du 10 décembre 1874, décidait en effet que les hypothèques constituées au cours du voyage, produisaient leurs effets par la seule inscription sur l'acte de nationalité (art. 26), et à compter du jour de cette inscription. Or de semblables formalités étaient accessibles aux navires de tous les pays ; rien ne s'opposait donc sous l'empire de cette loi, à ce qu'une hypothèque constituée en France sur un navire étranger, fut rendue publique conformément à la loi française.

Au reste si la question que nous discutons est aujourd'hui sans intérêt en France, elle a par contre de l'im-

portance pour les navires français de moins de vingt tonneaux à l'ancre dans un port de Danemark par exemple. En Danemarck, nous l'avons vu, toute la publicité se résume dans la lecture du contrat devant le tribunal du lieu où l'hypothèque a été constituée (1); or une semblable formalité est aussi facile à remplir lorsqu'il s'agit d'un navire français que quand il s'agit d'un navire danois; de sorte que l'hypothèque constituée en Danemarck sur un navire français de moins de vingt tonneaux, y produira tous les effets que la loi danoise assigne à l'hypothèque maritime.

La question de savoir si l'hypothèque constituée sur un navire non susceptible d'être hypothéqué de par sa loi nationale, dans un pays où l'hypothèque maritime est reconnue, ne présente donc pas qu'un pur intérêt théorique.

Cette décision, aux termes de laquelle le propriétaire d'un navire français de moins de vingt tonneaux peut l'hypothéquer en Danemark, alors qu'il ne pourrait le faire en France, n'a rien de contraire à ce principe que le français est régi à l'étranger quant à sa capacité par sa loi nationale. Elle est en contradiction, il est vrai, avec la règle d'après laquelle les navires de moins de vingt tonneaux ne sont pas susceptibles d'hypothèque; mais cette règle n'est pas plus de statut personnel, que celle qui détermine quels biens immobiliers peuvent être hy-

1. Voir *supra*.

pothéqués ; cette règle est de statut réel, le français en pays étranger n'est donc pas astreint à son observation.

C'est, avons-nous dit, la loi du lieu où se trouve un navire qui détermine quels sont les droits dont ce navire peut être l'objet ; c'est elle aussi qui détermine l'étendue de ces droits. C'est donc à elle qu'il se faut référer pour savoir si un copropriétaire peut hypothéquer seul la part de copropriété qu'il a dans un navire, ou si au contraire il lui faut l'autorisation de tous ses copropriétaires, ou encore si l'autorisation de la majorité lui suffit.

D'autre part, le capitaine n'est que le mandataire du propriétaire du navire ; aussi n'a-t-il d'autres pouvoirs que ceux que lui a conférés expressément le propriétaire, ou que, par interprétation de la volonté des parties, la loi lui attribue ; le capitaine tient donc ses pouvoirs de la convention expresse ou tacite ; et comme les conventions produisent leurs effets en tous pays, sous réserve toutefois des principes d'ordre public, nous devons dire que les pouvoirs d'un capitaine en pays étranger, vis-à-vis même de la loi étrangère, sont ceux que lui confère le mandat exprès ou tacite qu'il a reçu. Or si nous supposons un navire non susceptible d'hypothèque dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime est admise, nous dirons que la loi, qui régit le contrat de mandat liant le propriétaire et le capitaine, ne présument pas celui-ci avoir reçu le pouvoir d'hypothéquer, le capitaine ne pourra hypothéquer son navire qu'en vertu d'un mandat spécial. Cette remarque a de l'intérêt si on suppose que le navire

se trouve dans un pays où la loi en vigueur présume que le capitaine a reçu mandat d'hypothéquer.

Tels sont les conflits qui peuvent s'élever en matière d'hypothèque maritime entre deux lois dont l'une admet l'hypothèque maritime, et dont l'autre ne la connaît point (1). Telles sont aussi les solutions qui, selon nous, doivent leur être données. Au reste, ces conflits n'auront bientôt plus qu'un intérêt historique, car l'hypothèque maritime se rencontre déjà chez presque tous les peuples qui ont entre eux des relations commerciales ; elle existe : en Angleterre (Merchant Shipping act, art. 66 à 83) ; en Hollande (Code, art. 315 et suivants) ; en Portugal (Code, art. 1302) ; en Prusse (loi du 24 juin 1861) ; dans plusieurs Etats de l'Allemagne ; dans les États-Unis d'Amérique ; en Grèce ; en Danemark ; en Belgique (loi du 21 août 1879) ; en Italie (Code de 1882, art. 485 à 490). Mais de la diversité de ces législations naissent des conflits d'un autre genre, qu'il nous faut maintenant étudier.

1. Il peut se faire qu'un navire non susceptible d'hypothèque de par sa loi nationale, soit hypothéqué dans un pays où l'hypothèque maritime est admise, puis saisi et vendu dans un autre pays dont la législation reconnaît également l'hypothèque des navires. Cette hypothèque, valable d'après la loi du lieu où elle a été constituée, mais nulle d'après la loi nationale du navire, vaut-elle au regard de la loi du lieu de la saisie ? La loi nationale du navire doit être écartée, car ce n'est point elle, nous l'avons vu, qu'il faut consulter pour savoir si un navire est ou non hypothéqué ; le conflit se circonscrit alors entre deux lois qui toutes deux admettent l'hypothèque maritime, et c'est au chapitre suivant que nous trouverons la solution de ce conflit.

CHAPITRE II

CONFLITS ENTRE DEUX LOIS QUI RÉGLEMENTENT L'HYPOTHÈQUE MARITIME DE FAÇONS DIFFÉRENTES

Un navire grevé d'une hypothèque valable, soit d'après la loi nationale de ce navire soit d'après celle du lieu où elle a été constituée, est saisi et vendu dans un port étranger, où l'hypothèque maritime est admise et pratiquée; un navire est saisi et vendu dans un port de son pays, mais les hypothèques qui le grevent, ont été constituées à l'étranger en un pays dont les lois reconnaissent l'hypothèque maritime. Telles sont les situations auxquelles on songe immédiatement, lorsqu'on cherche à imaginer les circonstances dans lesquelles des conflits entre deux lois réglementant diversement l'hypothèque maritime, peuvent se produire. Nous examinerons chacune d'elles dans une section spéciale.

SECTION I

Un navire valablement hypothéqué est saisi et vendu dans un port étranger où l'hypothèque maritime est reconnue.

Les hypothèques, qui grevent ce navire, doivent-elles être tenues pour valables dans le pays où le navire est

saisi et vendu? C'est là la question qui se pose immédiatement à l'esprit. Si l'on y répond négativement, tout est terminé; mais si l'on se décide en sens contraire, on est alors amené à se demander : quelles sont les conditions auxquelles ces hypothèques peuvent produire leurs effets? Puis, quels effets elles produisent? La discussion de ces questions n'est point seulement du domaine de la théorie, car nos tribunaux ont eu à les trancher; elles présentent donc aussi un intérêt pratique.

A. — Les hypothèques, valablement constituées sur un navire étranger, sont-elles valables au regard de la loi du lieu où le navire est saisi et vendu?

Les hypothèques qui grèvent ce navire peuvent avoir leur origine, non seulement dans une convention, mais encore dans la loi (1), ou dans un jugement. Supposons par exemple que le navire soit frappé d'une hypothèque légale; le pays où il se trouve ne reconnaît au contraire d'autre source à l'hypothèque maritime que la convention; le créancier peut-il être admis à se prévaloir de son hypothèque dans ce pays? Nous ne le croyons pas; il s'agit là en effet d'une sûreté réelle qu'une loi attache à une créance dans un but d'intérêt général, d'ordre public; les lois qui décident si une créance est ou non munie d'une sûreté de ce genre, ont donc le caractère d'ordre public,

1. Il y a en Mecklembourg des hypothèques légales qui grèvent les navires, V. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874, p. 102.

de sorte qu'en cette matière, la loi territoriale est absolument souveraine.

Si nous supposons maintenant que la loi en vigueur dans le pays où se trouve le navire, admette, comme la loi du pavillon, que les navires peuvent servir d'assiette à une hypothèque légale, la loi de la situation ne s'oppose plus alors d'une façon absolue à ce qu'une hypothèque légale puisse être invoquée sur un navire étranger ; mais comme nous sommes ici en une matière d'ordre public, c'est la loi de la situation qu'il faut consulter, pour savoir qu'elles sont les créances munies d'une hypothèque légale ; de sorte que le créancier ne pourra être admis à se prévaloir de son hypothèque, que si la loi du lieu où il l'invoque, attache une hypothèque à la créance dont il est titulaire.

Ce que nous venons de dire, s'applique aussi bien au cas d'une hypothèque judiciaire, qu'à celui d'une hypothèque légale.

Arrivons maintenant à l'hypothèse beaucoup plus fréquente, où l'hypothèque qui grève le navire a sa source dans une convention ; cette hypothèque est-elle valable ? Pour nous la réponse à cette question ne saurait être douteuse, l'hypothèque est valable ; et cette affirmation ne contredit pas le moins du monde ce que nous avons dit plus haut, à savoir que c'est la loi du lieu où se trouve un navire, qu'il faut consulter, pour savoir quels sont les droits réels qui grèvent ce navire ; car l'adoption de cette solution, c'est la loi même du lieu où se

trouve le navire, qui la commande. On admet en effet en droit international privé, qu'en matière d'obligations la volonté des contractants est absolument indépendante, que les parties peuvent soumettre leur convention à quelque loi que ce soit, et que cette convention doit produire ses effets en tout lieu, sous réserve toutefois des règles d'ordre public reconnues dans chaque pays.

Or dans l'espèce, quel est l'effet produit par cette convention passée en pays étranger? Une hypothèque sur un navire; et cet effet n'a rien de contraire aux lois du pays où il est invoqué, puisque nous avons supposé que les lois de ce pays autorisent l'hypothèque des navires; l'hypothèque est donc valable en principe.

C'est la solution qu'ont consacré en France plusieurs décisions judiciaires. Le tribunal civil de Marseille (1), le 8 avril 1876, et la Cour d'Aix (2), le 22 mai de la même année, ont déclaré qu'il y avait lieu de reconnaître en France l'existence d'une hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger; et cela pour les motifs que nous avons indiqués. Et parmi les *attendu* d'un arrêt de la Cour de Cassation du 25 novembre 1879, nous relevons celui-ci : Attendu qu'aux termes de l'article 1 de la loi du 10 décembre 1874, les navires sont susceptibles d'hypothèque; que si cette disposition ne s'applique directement qu'aux navires français ou régis par la loi française, on n'en doit pas moins conclure qu'en France,

1. *J. dr. int. pr.*, 1876, p. 457.

2. S. 80. 1. 257.

l'hypothèque établie sur un navire étranger n'est contraire à aucune loi prohibitive (1). Enfin un jugement du tribunal civil de Marseille du 4 avril 1881, adopte implicitement la même solution et pour les mêmes motifs (2).

On a prétendu cependant, que bien que ce fût là la solution imposée par les principes, elle devait être rejetée, parce qu'elle se trouvait condamnée par un texte du Code civil, l'article 2128. L'inefficacité absolue d'une hypothèque contractuelle venant de l'étranger, dit l'arrêt de la cour d'Aix du 22 mai 1876, que nous avons cité plus haut, est d'accord avec l'esprit général de la loi française, qui dans l'article 2128 du Code civil déclare que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. — Voyons donc si l'article 2128 s'oppose à ce qu'on considère comme valable en France l'hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger. — Cette question ne se confond pas avec celle que nous avons traitée précédemment, et qui était celle de savoir si l'hypothèque constituée à l'étranger sur un navire français est valable en France ; car là il nous a suffi pour écarter l'article 2128, d'invoquer les lois de 1874 et de 1885 qui ont prévu directement l'éventualité de l'hypothèque à l'étranger d'un navire français ; mais comme ces lois n'ont rien

1. S. 1880. 1. 257.

2. *Journal de Jurisprudence commerciale et maritime*, 1882, II, 49.

dit de l'hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger, elles ne peuvent nous être ici d'aucun secours ; — nous nous trouvons cette fois en présence de l'article 2128, il nous faut donc maintenant prendre parti dans la question de savoir si, oui ou non, cet article s'oppose à ce qu'une convention constitutive d'une hypothèque sur un navire passée en pays étranger, puisse valoir en France.

Rappelons brièvement les motifs qu'on a allégués, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, pour arriver à se débarrasser de l'art. 2128 : l'art. 2128, a-t-on dit, est une disposition tout-à-fait exceptionnelle, aussi ne doit-on l'appliquer qu'aux hypothèses qu'il prévoit certainement; on ne peut donc pas y soumettre l'hypothèque maritime, qui n'était pas connue lors de la rédaction de cet article. — L'article 2128, dit la cour de Cassation, dans son arrêt du 25 novembre 1879, ne s'applique qu'aux immeubles situés en France, et ne peut par conséquent pas être étendu aux navires étrangers, qui ne se trouvent en France, qu'accidentellement, et qu'une fiction légale sur laquelle repose la sécurité des mers et du commerce maritime, répute partie intégrante du pays dont ils portent le pavillon. — La cour de Grenoble, le 11 mai 1881, a reproduit cette argumentation (1).

Nous ferons quelques réserves sur la façon dont ces deux derniers arrêts ont motivé leurs décisions; car il semblerait en résulter que l'article 2128, s'applique à l'hypothèque constituée sur un navire français; comme

1. *J. dr. int. pr.* 1881, p. 428.

la Cour de Cassation, nous disons : l'article 2128 n'a trait qu'à l'hypothèque des immeubles de France, mais il suffit pour y soustraire les navires étrangers de faire valoir que ce sont des meubles ; il n'est pas nécessaire de dire que ce sont des immeubles étrangers, ce qui est faux. — Ces réserves faites, nous reconnaissons que les arguments que nous venons de rapporter, suffisent amplement à démontrer que l'article 2128 est étranger à l'hypothèque des navires. Mais nous croyons qu'on peut encore invoquer à l'appui de cette solution les considérations suivantes, qui elles aussi nous paraissent décisives.

Comment peut-on s'expliquer l'article 2128 ? — A en croire Merlin (1), l'article 2128 est la conséquence de ce que l'hypothèque ne peut être constituée que par acte notarié, et de ce que l'acte reçu par un officier public étranger avec toutes les solennités établies par la loi du pays, n'a en France ni le caractère, ni les effets de l'acte authentique. — Il y a là une erreur : l'acte authentique reçu par un officier public étranger conformément à la loi de son pays n'a pas en France la force exécutoire, cela est de toute évidence ; mais en dehors de là il vaut en France comme acte authentique. — Au reste admettons pour un instant, que telle ait été la pensée des rédacteurs du Code civil ; il en résulte que si la loi française autorisait la constitution de l'hypothèque par acte sous seing-privé, les actes sous seing-privé passés en pays

1. Merlin. *Répertoire*, t. 14, p. 151.

étranger pourraient parfaitement donner hypothèque sur des biens de France; or la loi française reconnaît à l'acte sous seing-privé la vertu de produire hypothèque sur un navire; les hypothèques maritimes constituées en pays étranger sont donc valables en France, alors même qu'elles résulteraient d'actes reçus par des officiers publics étrangers, car ces actes ont en France tout au moins la valeur de titres sous seing-privé.

MM. Valette (1) et Laurent (2) attribuent aux rédacteurs du Code une erreur d'un tout autre genre : ils auraient considéré l'hypothèque comme un effet de la force exécutoire, et refusant la force exécutoire aux actes passés en pays étrangers, ils leur auraient dénié le pouvoir de produire hypothèque. — S'il en est ainsi, l'article 2128 n'a de raison d'être, que si l'on suppose que l'hypothèque ne saurait émaner que d'un acte ayant force exécutoire; de sorte que si le législateur venait à décider que l'hypothèque peut résulter d'un acte auquel la force exécutoire n'est point attachée, l'article 2128 par là même disparaîtrait. Or le législateur de 1874 et celui de 1885 ont autorisé l'hypothèque des navires par acte sous seing-privé; l'article 2128 ne saurait donc être appliqué à l'hypothèque maritime.

Il peut se faire que l'hypothèque invoquée sur ce navire étranger, ait été constituée à une époque où la loi du lieu dans lequel se trouve le navire n'admettait pas

1. Valette, *Mélanges*, II, p. 576.

2. Laurent, *op. cit.*, VII, p. 460.

encore l'hypothèque maritime ; le principe de la non rétroactivité des lois s'oppose-t-il à ce que cette hypothèque soit tenue pour valable ? — Le tribunal de Marseille a tranché la question dans le sens de la négative le 8 avril 1876 (1), et avec raison selon nous. La convention est en effet dans l'espèce soumise à une loi étrangère, c'est donc elle qu'il faut consulter sur le point de savoir quelles sont les conditions de validité auxquelles elle doit satisfaire ; quant à la loi de la situation, elle décide seulement si la convention peut produire ses effets dans le lieu où elle est invoquée ; or c'est seulement au moment où l'on se prévaut de ces effets, qu'il y a lieu de se référer à la loi de la situation.

Presque tous les pays admettent la constitution de l'hypothèque par acte sous seing privé ; de sorte qu'il nese présentera presque jamais de conflits à l'occasion de la forme dans laquelle a été passé l'acte constitutif d'hypothèque. Il est cependant des pays où l'hypothèque maritime ne peut être établie que par acte authentique, l'Uruguay notamment. Supposons par exemple qu'un navire français grevé d'hypothèques soit saisi et vendu dans l'Uruguay, les hypothèques, qui le grèvent seront-elles valables, bien qu'elles n'aient été constituées que par acte sous seing privé ? — Sans aucun doute, *locus regit actum* ; c'est la loi du lieu où un acte est passé, qui détermine les formes de cet acte.

En résumé, de tout ce que nous venons de dire, il ré-

1. *J. dr. int.* 1876, p. 455

sulte que l'hypothèque qui grève un navire, est valable dans les pays où l'hypothèque maritime est pratiquée. Mais à quelles conditions cette hypothèque produira-t-elle ses effets?

B. — A quelles conditions l'hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger, produit-elle ses effets dans un pays dont la législation reconnaît l'hypothèque maritime?

L'hypothèque maritime, comme celle des immeubles du reste, a un double but, donner un droit de suite et conférer un droit de préférence, attribuer en d'autres termes aux créanciers des droits sur un navire, qui soient opposables aux tiers. Mais à raison même de la situation privilégiée dans laquelle se trouvent les créanciers hypothécaires, les lois de tous les pays entourent la constitution de l'hypothèque de certaines formalités destinées à prévenir ceux qui veulent traiter avec le propriétaire, des dangers auxquels ils sont exposés, et du préjudice que leur causerait l'exercice de droits primant ceux qu'ils pourraient être tentés d'acquérir sur le navire; et ce n'est qu'autant que ces formalités ont été remplies, ce n'est qu'autant que l'hypothèque a été rendue publique, que le droit du créancier hypothécaire est opposable aux tiers.

Mais si dans tous les pays certaines formalités sont destinées à assurer la publicité de l'hypothèque, il s'en faut que dans tous ces formalités soient les mêmes, et que les dispositions des différentes législations sur ce point

puissent être conciliées. Le Merchant Shipping Act de 1854 par exemple, dispose dans son article 66 que le mortgage (hypothèque) est rendu public par la transcription de l'acte créant cette garantie sur le registre de l'enregistreur de la marine du port où le navire est immatriculé ; et la loi française du 10 juillet 1885 décide dans son article 6 que la publicité de l'hypothèque résulte de son inscription sur un registre spécial tenu par le receveur principal du bureau des douanes dans lequel le navire est immatriculé. Voilà deux dispositions qu'il est impossible de concilier, car les hypothèques qui ont été rendues publiques conformément à la loi anglaise, sont occultes aux yeux de la loi française, et inversement ; car ce qui est écrit sur le registre d'un fonctionnaire anglais ne l'est pas sur celui d'un fonctionnaire français. Et si l'on suppose qu'un navire anglais grevé d'hypothèques est saisi et vendu dans un port de France, on est amené à se poser cette question : à quelles lois les autorités françaises doivent-elles se référer, pour savoir si les hypothèques qui grèvent un navire étranger sont opposables aux tiers ?

A cette question nous répondons de la façon suivante : Nous ne sommes pas ici en présence d'une règle de forme ; nous sommes ici dans une matière qui se relie étroitement à celle de l'organisation de la propriété, et qui comme telle doit être régie par la loi territoriale. C'est donc à la loi de la situation, c'est-à-dire à la loi française, que les autorités françaises devront s'en référer.

rer ; et comme les formalités de publicité prescrites par cette loi n'ont pas été observées, on ne devra pas tenir compte en France des hypothèques qui grèvent le navire anglais.

C'est la solution qu'a consacré la cour d'Aix. — En 1875, le navire grec *Dio Adelphi* fut saisi dans le port de Marseille. Un nommé Barbaresso, créancier du propriétaire du navire, émit la prétention de se faire payer par préférence, et cela à un double titre : comme ayant un privilège résultant d'un contrat de prêt à la grosse fait avant le départ du navire de son port d'armement, et régulièrement inscrit ; et comme ayant une hypothèque en vertu des articles 5 et 6 de la loi grecque du 13 novembre 1851, aux termes desquels les prêts faits dans l'intérêt du navire dégénèrent en simples prêts hypothécaires, quand le bâtiment entreprend un nouveau voyage sans que les dits prêts aient été acquittés, ou lorsque le navire n'étant pas arrivé au lieu de sa destination, plus de six mois se sont écoulés à dater du jour du départ du lieu où a été contracté l'emprunt, si le bâtiment voyage dans la Méditerranée, le Pont-Euxin, la mer d'Azof, et le Danube, ou après neuf mois dans tout autre lieu. — Le tribunal civil de Marseille appelé à statuer sur cette prétention, décida le 8 avril 1876 (1), que Barbaresso ne pouvait invoquer en France son privilège de prêteur à la grosse avant le départ, la loi française du 10 décembre 1874 interdisant ce genre de prêt à la grosse ; mais

1. *J. dr. int. pr.*, 1876, p. 457.

qu'il y avait lieu de le colloquer en qualité de créancier hypothécaire. — Le jugement fut attaqué, et la Cour d'Aix qui avait été saisie de l'appel, réforma le jugement du tribunal (1), le 22 mai 1876, disant que, l'hypothèque n'ayant point été publiée conformément à la loi française, Barbaresso ne pouvait obtenir aucun droit de préférence, car si l'hypothèque donnée sur un navire étranger peut depuis la loi du 10 décembre 1874 produire ses effets en France, ce ne peut être qu'à la charge pour le créancier de se conformer aux prescriptions de la loi française.

Nous considérons que la cour d'Aix a bien jugé; la solution qu'elle consacre a été adoptée par M. Laurent (2). Elle découle naturellement des principes que nous avons posés au début de cette étude, et elle nous paraît en outre se concilier très bien avec un texte d'une loi récente, le 3^e paragraphe de l'article 33 de la loi du 10 juillet 1885. Ce paragraphe prévoit l'hypothèse de l'achat par un français d'un navire étranger; et il décide que les hypothèques constituées sur le navire avant son immatriculation en France, ne sont valables qu'autant qu'elles ont été inscrites par le consul français sur le congé provisoire de navigation, et reportées sur le registre du receveur des douanes du lieu où ce navire sera immatriculé. Or, si ces hypothèques ne valent, que si elles ont été publiées conformément à la loi française, c'est qu'on considère que la publicité qu'elles ont reçue

1. S. 1880. 1. 257.

2. Laurent, *op. cit.*, t. 7, p. 461.

à l'étranger n'existe pas pour la France; car s'il en était autrement, ou ne s'expliquerait pas qu'on leur imposât une nouvelle publicité.

Il nous faut reconnaître toutefois, que la jurisprudence paraît avoir adopté définitivement une manière de voir diamétralement opposée à la nôtre. L'arrêt de la Cour d'Aix du 22 mai 1876 fut porté devant la Cour de cassation, et celle-ci par arrêt du 25 novembre 1879 (1), a décidé que, les formalités prescrites par l'article 6 de la loi du 10 juillet 1874 ne pouvant s'appliquer qu'à l'hypothèque sur les navires français, leur inaccomplissement en ce qui touche l'hypothèque des navires étrangers, ne saurait faire obstacle à ce que cette hypothèque reçoive son effet en France, lorsqu'elle a été régulièrement constituée suivant la loi des pays auxquels appartiennent ces navires. Et la Cour de Grenoble, qui avait été désignée par la Cour de cassation comme cour de renvoi statua dans le même sens, le 11 mai 1881 (2).

En faveur de ces décisions, on fait généralement valoir les considérations suivantes : et d'abord exiger des navires étrangers qu'ils se conforment, pour les formalités de publicité aux règles posées dans la loi du 10 décembre 1874, ou dans celle du 10 juillet 1885, c'est vouloir se heurter à de véritables impossibilités, car les registres d'inscriptions hypothécaires ne sont ouverts qu'aux navi-

1. S. 1880. 1. 257.

2. *J. dr. int. priv.*, 1881. p. 428.

res français (1). D'autre part les formalités prescrites par la loi française ne sauraient être remplies à l'étranger, les fonctionnaires étrangers en effet pouvant toujours se refuser à prêter la main à leur accomplissement (2). Enfin au moment où une hypothèque est constituée sur un navire, on ne peut pas savoir dans quels pays ce navire se rendra, et où il sera l'objet d'une saisie et d'une vente forcée; les créanciers ne peuvent dès lors se mettre en règle quant aux formalités de publicité, car il leur est impossible de remplir les formalités prescrites par les lois de tous les pays où le navire peut se rendre (3).

Ces considérations, quelque concluantes qu'elles paraissent, n'ébranlent pas notre conviction, parce que ce sont des considérations de fait et non de droit. La solution que nous défendons découle nécessairement des principes que nous avons posés; M. Labbé, qui est un des partisans de la théorie de la loi du pavillon, ne fait point du reste difficulté de le reconnaître; *la logique est irréprochable*, dit-il (4), à propos de l'arrêt de la Cour d'Aix qui refuse un droit de préférence à un créancier hypothécaire grec sur le prix provenant de la vente d'un navire grec, parce que l'hypothèque n'a pas été publiée conformément à la loi française. Mais le terrain sur lequel nous avons échafaudé notre argumentation est-il solide? Les

1. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 31.

2. S. 1880. 1. 257. Note Lyon-Caen.

3. S. 1880. 1. 259. Note Lyon-Caen.

4. S. 1881. 2. 225. Note Labbé.

principes dont nous sommes partis sont-ils incontestables ? nous croyons l'avoir établi au début de cette étude ; il est donc inutile de revenir sur ce point. Nous ferons seulement observer que si l'opinion que nous défendons a parfois des conséquences regrettables, nous pouvons adresser à nos adversaires le même reproche. Leur théorie conduit en effet, comme le montre M. Laurent (1), à ce résultat bien difficilement admissible, que l'hypothèque occulte valable d'après une loi étrangère, doit valoir en France. Et qu'on ne dise pas que cette hypothèse d'une législation admettant la clandestinité de l'hypothèque maritime est une supposition chimérique ; l'exemple de la législation danoise, déjà cité par nous (2), est là pour montrer que la théorie que nous combattons n'a pas que des avantages pratiques.

On s'est demandé s'il n'était pas nécessaire pour que l'hypothèque constituée en pays étranger sur un navire étranger pût en France produire ses effets, que l'acte constitutif d'hypothèque eût reçu en France force exécutoire. Il est bien évident, et tout le monde est d'accord sur ce point, que le créancier hypothécaire muni d'un titre étranger, ne peut opérer en France la saisie d'un navire, que s'il a fait conférer à son titre la force exécutoire (3). Mais le point qui fait l'objet de la controverse

1. Laurent, *op. cit.*, t. 7, p. 464.

2. V. *Supra*.

3. Nous n'avons sur ce point qu'à répéter ce que nous avons

est le suivant : ce créancier peut-il, sans que son titre ait reçu force exécutoire, se faire admettre dans la distribution ouverte à la suite d'une saisie pratiquée par un autre créancier ?

La jurisprudence (1) prétend que le créancier ne peut être admis à la distribution, que si son titre a reçu force exécutoire en France, conformément aux articles 546 du Code de procédure et 2123 du Code civil ; et M. Labbé (2) a entrepris de justifier cette manière de voir. Son argumentation peut se formuler ainsi : les jugements étrangers ne produisent hypothèque, que s'ils ont reçu force exécutoire en France, c'est donc l'efficacité, et non pas seulement la force exécutoire que la loi subordonne à une décision du juge français ; or la loi assimile les actes reçus par des officiers publics étrangers aux jugements étrangers, les actes reçus par des officiers publics étrangers ne peuvent donc avoir efficacité en France, que s'ils y ont reçu la force exécutoire.

dit à propos de l'hypothèque à l'étranger d'un navire français ; le créancier doit pour se procurer un titre exécutoire, obtenir un jugement de condamnation contre son débiteur, si l'acte constitutif d'hypothèque est sous seing-privé ; et si cet acte est authentique, s'adresser aux tribunaux français, qui sont compétents pour lui conférer la force exécutoire.

1. Tribunal civil de Marseille, 8 avril 1876, S. 1880. 4. 257. Cassation 25 novembre 1879, S. 1880. 1. 257. Cour de Grenoble 11 mai 1881 *J. intern. pr.*, 1881, p. 428. Tribunal civil de Marseille, 20 août 1881. *J. de jur. com. et marit.* 1881, II, 188.

2. Voir note Labbé, S. 1881. 2. 225.

Lorsqu'il s'agit d'hypothèques immobilières, l'argumentation de M. Labbé est irréfutable ; les rédacteurs du Code ont en effet considéré, et en cela ils ont fait erreur, l'hypothèque comme un effet de la force exécutoire ; de sorte que l'efficacité de l'hypothèque résultant d'un acte se trouve subordonnée à la force exécutoire de cet acte. Mais lorsqu'il s'agit de l'hypothèque des navires, cette argumentation n'a plus la même valeur, car le législateur de 1874 et celui de 1885 ont, nous l'avons vu, manifestement indiqué, que pour eux l'efficacité de l'hypothèque était absolument indépendante de la force exécutoire de l'acte. Mais résulte-t-il de l'article 546 que des actes reçus par des officiers publics étrangers ne peuvent avoir en France aucune efficacité ? Pas le moins du monde, il ne leur refuse que l'exécution forcée, c'est-à-dire le pouvoir de mettre en mouvement la force publique française : le législateur n'a pas voulu que les officiers ministériels français eussent à obéir à une souveraineté étrangère, voilà tout. Or, lorsqu'un syndic, sur la production d'un titre constitutif valable, colloque hypothécairement un créancier, il n'obéit pas à un ordre émanant d'une souveraineté étrangère, il donne effet à une convention, mais la souveraineté française ne subit de ce chef aucune atteinte (1).

Au reste, l'hypothèque née en pays étranger peut avoir été constituée par acte sous seing-privé ; cette hypothèque, dit-on, le créancier ne peut s'en prévaloir que si son titre a reçu force exécutoire ; mais alors ce titre, qui

1. Voir dans le même sens Lyon-Caen, S. 80. I. 257, note.

lui confèrera la force exécutoire ? Les tribunaux français ? Ils n'ont pas le pouvoir de le faire ; l'article 546 ne le leur donne que pour des actes reçus par des officiers publics étrangers, et encore cela est-il contesté. Le créancier pourra-t-il demander à ces tribunaux d'ordonner qu'il soit colloqué par préférence dans la distribution ouverte ? Mais les tribunaux seront impuissants, puisque l'hypothèque ne peut être efficace, que si le titre a reçu force exécutoire, et que cette force exécutoire, ils ne peuvent pas la lui conférer. Si bien que le malheureux créancier hypothécaire, tout en ayant une hypothèque valable en principe d'après la loi française, ne sera pas plus avancé que s'il n'avait stipulé aucune garantie. Dans ces circonstances l'admettra-t-on directement à se prévaloir de son hypothèque dans la distribution ? Mais alors pourquoi cette différence entre le créancier dont le titre est authentique, et celui dont le titre est sous seing-privé ? Et pourquoi se montrer plus favorable à celui-ci, dont le titre en somme présente moins de garanties ?

En résumé, une hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger ne peut produire d'effets, que si elle a été rendue publique conformément à la loi du pays où elle est invoquée ; mais si cette condition est remplie l'intervention des autorités locales n'est nécessaire que pour rendre le contrat susceptible d'exécution forcée.

Il nous faut voir maintenant quels sont les effets que produira cette hypothèque ; quelle loi les déterminera ? La loi nationale du navire ? La loi du lieu où le contrat a

été passé ? Ou encore celle du lieu où se trouve le navire ?

C. — Quelle loi détermine les effets produits par une hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger ?

Les tribunaux français n'ont jamais, à notre connaissance, statué sur cette question. Les décisions de jurisprudence que nous avons citées, et qui décident que les hypothèques qui grèvent les navires étrangers, doivent être admises à produire leurs effets en France, ne disent point quelle loi déterminera ces effets. Elles n'avaient point en effet à le dire, car dans les procès sur lesquels les décisions relatées par nous ont statué, les demandeurs n'avaient d'autre prétention, que de faire produire au droit d'hypothèque dont ils étaient titulaires, certains des effets reconnus à l'hypothèque par la loi française elle-même.

Cette question peut présenter de l'intérêt à une foule de points de vue, car si dans toutes les législations, l'hypothèque confère un droit de préférence et un droit de suite, ce droit de suite et ce droit de préférence n'ont pas partout le même mode d'exercice, ni la même étendue.

En Angleterre par exemple, le rang entre les créanciers hypothécaires est déterminé non pas seulement par la date, mais aussi par l'heure de l'inscription (1). La loi française du 10 juillet 1885 décide au contraire que les hypothèques inscrites le même jour viennent en concour-

1. Merchant Shipping act de 1854, art. 67 et 69.

rence, nonobstant la différence des heures de l'inscription (art. 10, *in fine*).

En Amérique, la loi permet d'engager comme garantie de l'hypothèque, le fret, les prix de passage, les gains et profits à retirer du navire (1). En France, l'hypothèque constituée sur un navire ne peut s'étendre qu'aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires (art. 4 de la loi du 10 juillet 1885).

En Angleterre (2), le créancier hypothécaire ne peut prétendre à l'indemnité d'assurance, que si le propriétaire du navire lui a cédé sa créance contre l'assureur. Il en était autrement en France, sous l'empire de la loi du 10 décembre 1874, où le créancier hypothécaire était subrogé légalement dans les droits de l'assuré. De même en Belgique, l'inscription hypothécaire vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance (3).

En Belgique, l'inscription conserve l'hypothèque pendant trois ans à compter du jour de sa date (art. 143 de la loi du 21 août 1879) ; tandis qu'en France l'hypothèque est conservée par l'inscription pendant dix ans (art. 11 de la loi du 10 juillet 1885).

En Angleterre, le créancier hypothécaire le premier inscrit a le droit absolu de disposer du navire, ou de la part qui lui est affectée, et de délivrer un reçu valable en

1. René Millet. *Etude sur l'hypothèque maritime*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1874, p. 103.

2. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 30.

3. Loi du 21 août 1879, art. 149.

échange du prix de vente (1). En France au contraire, le créancier hypothécaire, qu'il soit le premier en rang, ou qu'il soit le dernier, ne peut que saisir le navire et le faire vendre aux enchères publiques.

Ces quelques exemples suffisent à montrer quel intérêt pratique il peut y avoir à connaître quelle est la loi qui en pays étranger détermine les effets des hypothèques qui grèvent un navire.

Nous pensons que pour donner une solution satisfaisante à cette question, il faut faire entre les effets de l'hypothèque la distinction que voici : parmi les effets que la législation d'un pays fait produire à l'hypothèque, les uns ont leur origine dans un texte de loi impératif, les autres dans un texte interprétatif de la volonté des parties. Les premières, création arbitraire de la volonté du législateur, tiennent à l'organisation du régime hypothécaire, ce sont des éléments essentiels, constitutifs de ce régime ; ce sont les manifestations nécessaires du droit d'hypothèque, on ne peut point les en séparer. Or, les conflits qui s'élèvent en matière réelle mobilière, et par conséquent relativement à un droit d'hypothèque maritime, se tranchent, nous l'avons vu, par l'application de la loi du lieu où se trouve le navire grevé de cette hypothèque ; c'est donc aussi cette loi qui détermine les effets essentiels que ce droit d'hypothèque produit. De sorte que si on invoque en France sur un navire étranger, une hypothèque constituée en pays étranger, on devra faire pro-

1. Merchant Shipping act de 1854, article 71.

duire à cette hypothèque les effets nécessaires que la loi française attache à l'hypothèque maritime.

Quant aux autres effets, fruit de la volonté tacite des parties, et par conséquent de la convention, ils doivent être régis comme la convention elle-même. Or, en cette matière, les contractants sont absolument libres, et c'est la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat, qu'il faut consulter pour savoir quels sont les effets que les parties ont entendu faire produire à leur convention. Si bien qu'une hypothèque invoquée en France sur un navire étranger, n'y produira pas nécessairement les effets que la loi française fait produire à l'hypothèque maritime par interprétation de la volonté des contractants.

Or le rang qu'ont entre elles ces hypothèques qui grèvent le navire ; la détermination des choses qui peuvent servir d'assiette à un droit d'hypothèque maritime ; la fixation du temps pendant lequel l'inscription conserve au créancier un droit de préférence ; l'étendue des pouvoirs que le créancier a sur la chose qui lui est hypothéquée ; voilà des points que dans chaque pays le législateur ne laisse pas aux parties le soin de régler. Nous dirons donc, en nous plaçant dans l'hypothèse où une hypothèque constituée à l'étranger peut être efficace en France : que les hypothèques constituées en Angleterre sur un navire anglais et inscrites le même jour, viendront en concurrence, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper des heures auxquelles les inscriptions ont été prises ;

et que le créancier hypothécaire le premier inscrit, devra, s'il veut vendre le navire, recourir aux formalités prescrites par la loi française, pour la saisie et la vente forcée. Nous ajouterons que l'hypothèque conférée en Amérique sur un navire américain, ne donnera en France de droit de préférence que sur le prix provenant de la vente du navire, de ses agrès, apparaux, accessoires. Nous dirons enfin que l'inscription en France de l'hypothèque grevant un navire belge, conservera cette hypothèque pendant dix ans, et non pas seulement pendant trois ans comme le veut la loi en Belgique.

Mais si la question se pose en France de savoir si le créancier hypothécaire belge est subrogé légalement dans les droits du propriétaire du navire belge sur l'indemnité d'assurance, nous pensons qu'il faut décider que l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance, bien qu'en France il n'en soit pas ainsi. Si le législateur en effet décide que le créancier hypothécaire est subrogé dans les droits de l'assuré contre l'assureur, c'est qu'il présume que les parties ont voulu qu'il en fut ainsi. L'article 17 de la loi française du 10 décembre 1874, qu'a reproduit en termes identiques l'article 149 de la loi belge du 21 août 1879, disait : l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance; or voici comment M. Grivart dans le rapport fait au nom de la commission le 21 mars 1874, a expliqué cette disposition : « en matière maritime aucune hypothèque ne serait acceptée sans assurance, et la

stipulation deviendrait de style. Il nous a semblé dès lors préférable d'en dispenser les parties, et d'attacher la subrogation comme effet de plein droit au contrat d'hypothèque. » C'est donc en vertu d'une clause tacite de la convention que l'inscription vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance. Or, lorsqu'un navire belge est hypothéqué en Belgique, il y a tout lieu de croire que les contractants ont entendu que leur convention serait régie par la loi belge, et que par conséquent le créancier hypothécaire serait subrogé au propriétaire du navire dans ses droits contre l'assureur. D'autre part les conventions soumises à une loi étrangère sont parfaitement valables en France, et elles peuvent y produire tous leurs effets, pourvu que ceux-ci ne portent pas atteinte à un principe d'ordre public reçu en France. Or, il n'est pas le moins du monde contraire à l'ordre public français, que l'inscription de l'hypothèque vaille opposition au paiement de l'indemnité d'assurance ; la loi du 10 juillet 1885, il est vrai, ne reconnaît pas comme celle du 10 décembre 1874 cette présomption de subrogation, mais elle ne s'oppose pas à ce que cette subrogation fasse l'objet d'une stipulation expresse. M. Barne en effet, dans son rapport au Sénat le 16 mars 1883, a justifié les modifications apportées à l'article 17 de la loi du 10 décembre 1874 de la façon suivante : « Aucune indemnité d'assurance ne pouvait être payée avec sécurité sans une vérification de la situation hypothécaire de l'assuré. La production d'un état négatif d'inscription était pour les propriétaires de navires libres

de tout engagement une formalité gênante, et souvent une cause de retard dans le recouvrement des indemnités. Les assurances si nécessaires aux intérêts maritimes, devenaient difficiles et parfois impossibles ; les assureurs exigeaient des conditions particulières dans les polices, pour se mettre à l'abri des effets d'une opposition légale et occulte. Ils interdisaient tout emprunt hypothécaire sur les navires assurés ». Mais M. Marne a fait observer, que si on faisait disparaître cette disposition de l'article 17, « les créanciers hypothécaires pouvaient toujours au moment du contrat obtenir la délégation des sommes assurées. » Il n'est donc pas contraire à l'ordre public français, qu'un créancier ayant hypothèque sur un navire soit payé par préférence sur le montant de l'indemnité d'assurance allouée au propriétaire assuré. Dès lors, rien ne s'oppose à ce qu'une convention soumise à une loi étrangère, et produisant un tel effet de par cette loi, puisse produire ce même effet en France. Il faut donc décider que le créancier qui a acquis en Belgique une hypothèque sur un navire belge peut se payer en France par préférence sur le montant de l'indemnité attribuée à l'assuré, même en l'absence de toute convention expresse.

Mais, pourra-t-on dire, le fait en lui-même n'a rien de contraire à l'ordre public français, mais ce qui est contraire à l'ordre public français, c'est que ce fait soit le produit d'une convention tacite. Nous croyons que l'objection peut être facilement écartée : le législateur de 1885 a refusé de voir dans la constitution d'hypothèque

maritime cette subrogation tacite, parce qu'il a considéré qu'elle présentait des inconvénients pour les propriétaires de navires français, et pour les compagnies d'assurances françaises; celles-ci étant exposées à payer l'indemnité au propriétaire du navire, dans l'ignorance d'une constitution d'hypothèque postérieure au contrat d'assurance; et ceux-là étant souvent obligés de s'engager à ne pas hypothéquer leurs navires, et de se fermer de cette façon un moyen de crédit. Mais alors on ne voit pas en quoi ces intérêts français, que la loi de 1885 a voulu sauvegarder, peuvent être compromis, parce qu'un créancier hypothécaire belge se paie en France par préférence sur une indemnité due à raison de la perte ou de l'innavigabilité d'un navire belge, par un assureur belge; on n'a donc aucune bonne raison pour empêcher la convention de produire cet effet en France.

De cette distinction que nous avons faite entre les effets légaux et les effets conventionnels de l'hypothèque, il résulte que l'hypothèque, dans un pays où elle est invoquée, n'aura d'autres effets que ceux que la loi de ce pays fait produire à cette hypothèque; mais qu'elle produira en outre tous ceux que la loi à laquelle les parties ont soumis la constitution d'hypothèque, lui attribue par interprétation de la volonté des contractants.

M. Lyon-Caen ne (1) distingue pas; il prétend que c'est la loi du pavillon qu'il faut consulter, pour connaître tous les effets que l'hypothèque maritime produit. Que ce

1. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 30.

soit là la conséquence des principes qu'a posés M. Lyon-Caen, pour les conflits de lois en matière de droit privé maritime, quand il s'agit de ces effets de l'hypothèque que nous avons appelés légaux, nous ne le contestons pas. Mais en partant même des principes posés par M. Lyon-Caen, il est inexact de dire que la loi du pavillon détermine les effets conventionnels de l'hypothèque ; ceux-ci en effet ne sauraient être régis que par la loi à laquelle la convention est soumise ; or cette loi n'est pas nécessairement celle du pavillon.

Nous convenons cependant que ce sera le plus souvent cette loi. Quand le navire est hypothéqué dans un port de son pays d'origine, c'est bien en effet à cette loi que selon toute vraisemblance les parties ont entendu se référer. De même encore, lorsque l'hypothèque a été constituée en pays étranger, nous croyons que c'est la loi nationale du navire que les parties ont entendu charger de régir la constitution d'hypothèque. Le navire ne se trouve en effet qu'accidentellement dans le lieu où il est hypothéqué ; il doit revenir à son port d'attache, et c'est là que le créancier hypothécaire a dû compter le retrouver, c'est là principalement qu'il compte le saisir. Dans de telles circonstances on peut soutenir avec vraisemblance que c'est à la loi du pavillon que les parties ont entendu se référer.

La question que nous venons de discuter ne présente pour ainsi dire en France qu'un intérêt théorique. puisque, ainsi que nous l'avons vu, à raison de la façon dont

y est organisée l'hypothèque maritime, les hypothèques constituées à l'étranger sur un navire étranger ne peuvent pas y être rendues publiques, qu'elles n'y sont par conséquent pas opposables aux tiers, et que dès lors elles ne sauraient y produire d'effets. Il est cependant un cas dans lequel cette question pourra se poser, c'est celui que prévoit le 3^e paragraphe de l'article 33 de la loi du 10 juillet 1885 : un navire acheté à l'étranger est immatriculé en France ; les hypothèques constituées sur ce navire avant son immatriculation sont valables, dit la loi, pourvu qu'elles soient régulièrement inscrites par le consul français sur le congé provisoire de navigation, et reportées sur le registre du receveur des douanes du lieu où le navire sera immatriculé ; de sorte que si ces formalités ont été remplies, ces hypothèques peuvent produire des effets en France. Mais cette hypothèse rentre dans la Section à l'examen de laquelle nous allons maintenant procéder.

SECTION II

Un navire hypothéqué est saisi et vendu dans un port de son pays, mais les hypothèques qui le grèvent ont été constituées à l'étranger, en un pays dont la législation reconnaît l'hypothèque maritime.

Les difficultés auxquelles cette situation peut donner lieu, ont été presque toutes examinées déjà au cours de

cette étude. Supposons par exemple que le navire dont il s'agit, soit de nationalité française ; nous avons vu que les hypothèques constituées à l'étranger sur ce navire sont valables en France ; qu'elles doivent être publiées conformément à la loi française ; que c'est la loi du lieu où l'hypothèque a été constituée, qui détermine la forme de l'acte ; qu'il n'est nécessaire de conférer la force exécutoire à cet acte, dans le cas où il a la forme authentique, qu'en vue de l'exécution forcée ; enfin que c'est la loi française qui détermine les effets légaux de l'hypothèque, et selon toute probabilité ses effets conventionnels.

Aussi ne traiterons-nous ici que certaines hypothèses particulières, sur lesquelles nous n'avons pas eu à nous expliquer déjà.

C'est la loi du lieu où l'hypothèque a été constituée, avons-nous dit, qui détermine les formes de cette constitution ; or, supposons que cette loi ne reconnaisse d'autre forme pour cet acte, que la forme authentique (c'est le cas de la législation de l'Uruguay) ; dirons-nous que l'hypothèque constituée dans le pays où cette loi est en vigueur sur un navire français, n'est valable en France, que si elle a été constituée par acte authentique ? C'est la question de savoir si la règle *locus regit actum* est impérative ou facultative ; on admet généralement que dans cette hypothèse, elle n'est que facultative ; on se base pour le prétendre sur ce que cette règle n'est qu'une faveur, et que les sujets d'un pays peuvent ne pas s'y soumettre pour

s'en référer à leur loi nationale. Nous dirons donc que l'hypothèque constituée par acte sous seing-privé, dans les circonstances que nous avons vues, est valable en France.

Il peut se faire que l'hypothèque invoquée sur un navire ait été constituée sur ce navire à une époque où il avait une autre nationalité. Théoriquement on ne conçoit pas que le changement de nationalité d'une chose puisse influencer sur les droits réels qui pèsent sur cette chose ; qu'il s'agisse d'un immeuble, d'un meuble ou d'un navire, la solution doit être la même. C'est du reste celle que consacre le droit positif français ; le troisième paragraphe de l'article 33 de la loi du 10 juillet 1885 décide en effet que si un navire étranger acquiert par suite d'une vente la nationalité française, ces hypothèques subsistent, et qu'elles sont opposables aux tiers, moyennant qu'elles ont reçu en France une publicité dont cette loi détermine les formalités. Ces hypothèques ne produiront évidemment d'autres effets en France que ceux que la loi française attribue à l'hypothèque ; mais comme le navire avait une autre nationalité lors de la naissance de ces hypothèques, et que celles-ci ont été soumises très probablement à la loi du pavillon de ce navire, ces hypothèques produiront en outre tous les effets que la loi dont le navire relevait antérieurement, fait produire à l'hypothèque par interprétation de la volonté des parties.

Un navire hypothéqué acquiert la nationalité française, mais à une époque où l'hypothèque maritime est encore inconnue en France; puis arrive la loi du 10 décembre 1874; le créancier hypothécaire peut-il alors se prévaloir utilement de son droit d'hypothèque? Pourquoi non? L'hypothèque a été valablement constituée, le changement de nationalité ne l'a point anéantie, ses effets seuls sont paralysés, et si l'obstacle tombe, on ne voit pas ce qui s'opposerait à ce que ces effets se produisissent. Quant au point de savoir quelle loi déterminera ces effets, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit précédemment.

Nous avons ainsi terminé l'examen des conflits de lois en matière d'hypothèque maritime, au point de vue de la théorie et du droit positif français. Il nous faut voir avant de clore cette étude, comment se résolvent les conflits de lois dans quelques législations étrangères.

APPENDICE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Angleterre.

L'institution qui en Angleterre correspond à notre hypothèque maritime se nomme Mortgage. C'est en droit strict, une vente à réméré; la constitution du Mortgage rend le créancier (mortgagiste) propriétaire, et l'autorise à se mettre en possession. Mais en *equity*, on considère que celui-ci n'est que le représentant du débiteur (mortgageur), et que ce dernier reste propriétaire. Le mortgage des navires doit être fait en la forme prescrite par le Merchant Shipping act. de 1854, et être inscrit sur le *register book* du port où le navire est immatriculé. Chaque créancier a le droit de poursuivre, le cas échéant, la vente du navire, et de donner quittance du prix; seulement les créanciers postérieurs en rang ne peuvent le faire qu'avec le concours des créanciers antérieurs, à moins d'une autorisation expresse donnée par le juge compétent.

Nous ne savons pas comment en Angleterre les tribunaux tranchent les conflits en matière d'hypothèque mari-

1. Lehr. *Éléments du droit civil anglais*, p. 352 et suiv.

time ; mais si nous en croyons Westlake, la doctrine serait favorable à la théorie de la loi du pavillon. « Un navire de nationalité britannique, dit-il, est censé former partie du territoire britannique, pendant qu'il est en pleine mer. De même quand il se trouve dans un fleuve d'un pays étranger, au-dessous du pont le plus bas, et où il y a flux et reflux de la marée ; sauf à l'État riverain, d'exercer une juridiction concurrente sur les faits qui se produisent à bord, s'il n'est pas un vaisseau de l'État. La loi qu'il faut appliquer, par cause de la nationalité britannique d'un vaisseau de propriété privée, est celle du port anglais ou autre, auquel il appartient (1). »

Louisiane.

Les tribunaux de cet État ne paraissent pas avoir en la matière qui nous occupe, de jurisprudence bien arrêtée ; leurs décisions semblent en effet ne s'inspirer que de l'intérêt de leurs nationaux ; c'est du moins l'impression qui se dégage des faits suivants : En Louisiane, les navires ne peuvent être hypothéqués qu'au moyen du contrat à la grosse, justifié par un cas d'absolue nécessité. Or des armateurs anglais, débiteurs de la banque de Liverpool, avaient donné en garantie au directeur de cette banque un mortgage sur un de leurs navires, ce navire ayant fait relâche à la Nouvelle-Orléans, y fut saisi par un créancier des armateurs. La banque de Liverpool intervint,

1. Westlake. *J. dr. int. pr.*, 1882, p. 7 et 8.

réclamant le navire en vertu du mortgage qui lui avait été conféré, et invoquant que le titre sur lequel elle se basait était valable en Angleterre, et que les parties contractantes étant sujets anglais, il devait être tenu pour tel en Louisiane, mais la prétention de la banque de Liverpool fut rejetée pour ce motif : « que la courtoisie internationale s'étend seulement aux contrats et obligations résultant de la loi des autres pays, dont la législation est analogue à celle du pays où le procès est intenté, et lorsque les nationaux n'en souffrent aucun détriment (1). »

Italie.

L'article 7 du Code civil italien semble au premier abord imposer l'adoption de la théorie de la loi du pavillon : « les biens mobiliers, dit en effet cet article, sont régis par la loi de la nation du propriétaire, sauf la disposition contraire de la loi du pays où ils se trouvent. » Mais Mancini, dans la discussion à laquelle donna lieu cet article, développant, après avoir indiqué les différents systèmes admissibles en cette matière, les motifs de la décision prise par le législateur italien, s'exprima ainsi (2) : « il ne restait donc plus d'autre système que celui qui est proposé, d'après lequel les biens meubles sont soumis à la loi nationale du propriétaire, système auquel cepen-

1. V. *J. dr. int. pr.*, 1876, p. 429.

2. Esperson. *Le droit international privé dans la législation italienne*, *J. dr. int. pr.*, 1881, p. 211 et 212.

dant il était nécessaire de déroger, dans le cas, où soit les lois spéciales du royaume, soit celles du pays où se trouveraient matériellement les meubles, poseraient des règles spéciales, telles que seraient par exemple en Italie, celles qui réglementent ou défendent le nantissement de certains objets mobiliers, parce que dans ces cas ou dans d'autres semblables, la fiction sur laquelle repose ce système céderait devant la réalité des choses dérivant d'une disposition spéciale de loi qui y serait contraire. » Et Fiore déclare que : « quoiqu'on puisse dire à première vue que les biens meubles sont régis par la loi nationale du propriétaire, et que le droit légitimement acquis sur eux ne peut être modifié par le transport de la chose, toutefois, en considérant que toute action réelle affecte directement le régime de la propriété, on doit conclure que le créancier ne peut exercer son droit sur la chose existant en Italie, en invoquant une institution inconciliable avec notre droit et avec la loi qui régit la possession et la propriété chez nous. — Ce principe s'appliquera au gage civil comme au gage commercial (1). » Donc les lois italiennes qui réglementent le nantissement, régissent les meubles situés en Italie, même lorsqu'ils appartiennent à des étrangers ; il semble bien résulter de là, que les dispositions du Code de commerce italien de 1882 sur le gage naval (art. 485 et suiv.) sont applicables en Italie aux navires étrangers. Ce serait donc par la loi de la

1. Fiore. *Droit privé international*, trad. Pradier-Fodéré, p. 369 et 370.

situation que devraient se résoudre en Italie les conflits de lois en matière d'hypothèque maritime.

Et cependant en doctrine la question y est discutée. Le professeur Cavagnari semble être partisan de la théorie de la loi de la situation ; il admet néanmoins dans le cas où un navire étranger hypothéqué se trouve dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime est admise, qu'il n'est pas nécessaire que les formalités de publicité prescrites par la loi de ce pays aient été observées ; il est vrai toutefois que d'après lui, la publicité requise par la loi du pavillon ne serait pas nécessairement suffisante, car il paraît exiger que l'hypothèque ait reçu une certaine publicité de fait dans le pays où elle est invoquée (1).

Fiore défend au contraire la théorie de la loi du pavillon, et il semble adopter toutes les conséquences du principe sur lequel elle repose (2).

Belgique.

La jurisprudence des tribunaux belges, en ce qui concerne les conflits de lois en matière d'hypothèque maritime, est entièrement favorable à la théorie de la loi de la situation, et dans la doctrine, M. Laurent lui a donné l'appui de sa haute autorité (3).

1. Desjardins, *op. cit.*, t. 5, p. 467 et 468.

2. Fiore, *Les lois réelles et les lois personnelles d'après les principes de droit international et la jurisprudence : France judiciaire*, 16 janvier 1880.

3. Laurent, *op. cit.*, t. 7, p. 449 et suiv.

Parmi les décisions de jurisprudence qui consacrent la solution que nous défendons, nous en avons deux émanant de la Cour d'appel de Bruxelles, et dont l'une est toute récente.

Un navire anglais, *Sophie Jobson*, fut saisi et vendu dans le port d'Anvers ; ce navire avait été grevé en Angleterre d'un mortgage au profit de sujets anglais ; ceux-ci demandèrent à être payés par préférence. Cette prétention fut l'objet d'un contredit, sur lequel le tribunal d'Anvers statua le 17 mai 1878 (1). Le tribunal rejeta la demande des créanciers mortgagistes, se basant sur ce que les navires étaient en principe soumis aux mêmes lois que les meubles ; que ceux-ci considérés individuellement étaient régis par la loi de leur situation, et qu'aucun texte n'étant venu en Belgique soustraire les navires à l'empire de cette règle, c'était la loi belge qui, en Belgique, régissait ces navires, quelle que fût leur nationalité ; or les meubles n'ayant point de suite par hypothèque en Belgique, le mortgage dont se prévalaient les producteurs, y était sans valeur. Le tribunal ajoutait que la fiction en vertu de laquelle les navires sont portions détachées du territoire, dont ils portent le pavillon, était ici sans valeur, car on ne se trouvait pas dans la situation en vue de laquelle elle avait été créée.

Ce jugement fut frappé d'appel ; la Cour de Bruxelles

1. *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1878, I, 161.

le confirma le 27 décembre 1879 (1), en s'appropriant les motifs qu'avaient invoqués les juges de première instance.

Bien que nous approuvions la décision prise par la Cour de Bruxelles, nous lui adresserons cependant la critique suivante : lorsque fut rendu cet arrêt, le 27 décembre 1879, la loi belge sur l'hypothèque maritime, était en vigueur depuis le 21 août de la même année ; la prétention des créanciers mortgagistes anglais n'avait donc plus rien d'inadmissible en Belgique ; ils demandaient en effet à faire produire en Belgique un effet d'une convention soumise à la loi anglaise, et cet effet n'avait en Belgique rien qui fut contraire à l'ordre public. Mais on ne devait pas cependant admettre les créanciers anglais à se prévaloir de leur droit de mortgage, parce que ce droit n'avait pas reçu en Belgique la publicité, qui d'après la loi belge, rend l'hypothèque maritime opposable aux tiers. De sorte que nous trouvons bonne en soi la décision de la Cour de Bruxelles, mais nous n'admettons pas les motifs sur lesquels elle est basée.

Le dernier arrêt de la Cour de Bruxelles que nous voulons citer, est du 14 avril 1888 (2), il a été lui aussi rendu sur un jugement du tribunal d'Anvers du 22 juillet 1887 (3).

Le navire anglais *Lakefield*, avait été donné en mort-

1. *Belgique judiciaire*, 1880, p. 131.

2. *Jurisprudence du port d'Anvers*, 1888, I, 130.

3. *Ibid.*

gage en Angleterre à des sujets anglais. Pendant le voyage que faisait le navire de Valparaiso à Anvers, avec escale à Falmouth, les mortgagistes, conformément au droit anglais, congédièrent le capitaine, et le remplacèrent par un préposé à eux. A Anvers, un créancier de l'armateur fit saisie-arrêt sur le fret entre les mains du courtier du navire et des réceptionnaires du chargement, et cita en validité de la saisie, l'armateur et le préposé des mortgagistes. Celui-ci fit valoir le droit de ceux qu'il représentait, à la propriété du fret, à l'exclusion de tout créancier de l'armateur.

Le tribunal d'Anvers fut saisi de la contestation. Les mortgagistes prétendirent que de par la loi anglaise, en vertu de leur prise de possession à Falmouth, ils étaient devenus propriétaires du navire, et que par conséquent le fret leur appartenait en propre. Le tribunal repoussa cette prétention, en invoquant la loi anglaise elle-même, de par laquelle le mortgagiste n'acquiert pas la propriété du navire par simple prise de possession, et ne saurait avoir par conséquent de ce chef un droit exclusif au fret. Le tribunal avec raison se référait ici à la loi anglaise. Il s'agissait en effet de déterminer les effets d'une convention, et celle-ci étant soumise à la loi anglaise, c'était donc la loi anglaise qu'il fallait consulter pour connaître les effets de cette convention.

Les mortgagistes en appelèrent de cette décision à la Cour de Bruxelles. Ils ne se prétendirent plus propriétaires, mais déclarèrent que le mortgage avait été converti

par la prise de possession en un droit de gage sur le navire, avec pouvoir d'user de l'objet engagé et d'en percevoir les fruits ; et que par conséquent ils pouvaient exercer un droit de préférence sur le fret saisi. La Cour de Bruxelles ne leur donna pas gain de cause ; elle décida que leur prétention devait être rejetée, qu'on considérât le droit des mortgagistes comme une hypothèque, ou comme un droit de gage. Ce droit était-il une hypothèque, le droit de préférence qui en résultait, ne pouvait s'exercer en Belgique sur le fret, le législateur belge, les travaux préparatoires le démontraient, ayant voulu exclure cet effet. Et en admettant même que les mortgagistes eussent de par la loi anglaise un droit de gage sur le navire, avec pouvoir d'en user et d'en percevoir les fruits, ce droit ne serait pas en Belgique opposable aux tiers, parce qu'aucune des formalités prescrites par la loi Belge, pour la publicité de ce droit, n'avait été remplie.

Comme on le voit, ce dernier arrêt consacre deux solutions adoptées par nous au cours de cette étude : c'est la loi de la situation qui détermine les effets légaux du droit d'hypothèque sur un navire ; c'est elle encore qui détermine à quelles conditions ce droit est opposable aux tiers.

Donc, sauf sur ce dernier point, la jurisprudence des tribunaux belges ne diffère point de celles des tribunaux français. Or, la Belgique a la même législation privée que la France ; elle a notre Code civil, et la loi belge du 21 août 1879 sur l'hypothèque maritime a été calquée sur

notre loi du 10 décembre 1874. Cette concordance dans l'interprétation des mêmes textes et dans l'adoption des mêmes principes, est encore un argument en faveur de l'opinion qui préconise l'application aux conflits en matière d'hypothèque maritime de la loi de la situation.

CONCLUSION

Dans tout le cours de cette étude, nous ne nous sommes préoccupé de justifier les solutions adoptées par nous, qu'au point de vue du droit, et ce sont seulement les objections basées sur un moyen de droit, que nous nous sommes attaché à réfuter. Sur le terrain du fait, il est vrai, nous sommes beaucoup moins fort, et nous reconnaissons que l'application pratique de la théorie défendue par nous présente des inconvénients assez considérables : il est bien certain en effet que si la loi qui régit un navire varie avec les pays dans lesquels il se trouve, et que si le sort des hypothèques qui le grèvent, est subordonné au bon vouloir des législations de ces divers pays, la garantie des créanciers hypothécaires déjà incertaine, par suite des risques de mer auxquels le navire est exposé, devient alors tout-à-fait précaire ; si bien que les risques courus par les prêteurs étant plus grands, les propriétaires de navires doivent trouver d'autant plus difficilement du crédit. On a fait en outre observer, et avec raison, que dans bien des cas l'application de la loi de la situation peut préjudicier à des individus qui n'ont aucune faute, aucune imprudence à se reprocher, et cela, au profit d'autres individus dont la situation ne mérite pas une pareille sollicitude, parce qu'ils ont traité avec le capitaine, dans la parfaite

connaissance des droits réels qui grevaient le navire. On a ajouté enfin qu'appliquer à un navire la loi du pays où il se trouve, c'est aller quelquefois contre les intérêts de ce pays, car il peut se faire que ses nationaux aient à en souffrir.

Les objections qu'on a tirées de ces considérations de fait, nous nous en sommes débarrassé d'un mot, en disant que quels que puissent être les inconvénients pratiques d'une solution, ils ne suffisent jamais pour faire écarter cette solution, quand elle est la conséquence nécessaire de principes de droit certains. La loi en effet peut être mauvaise, les tribunaux n'en doivent pas moins l'appliquer; c'est au législateur à la modifier. L'application de la loi de la situation aux navires a des conséquences fâcheuses; c'est au législateur à édicter pour les conflits de lois en matière d'hypothèque maritime des règles spéciales. Mais lesquelles? — C'est une question à laquelle il nous faut répondre avant de terminer cette étude.

Comment devraient se résoudre les conflits de lois en matière d'hypothèque maritime? — Nous ne croyons pas que la question puisse comporter une réponse unique, car s'il est des circonstances où l'application de la loi du pavillon est désirable, il est telles circonstances, aussi où il faut la répudier. Prenons par exemple les espèces examinées par M. Lyon-Caen, et celles sur lesquelles a statué à Bruxelles l'Institut de droit international le 11 septembre 1895.

L'Institut de droit international a décidé sur la propo-

sition de M. Lyon-Caen, que c'est à la loi du pavillon qu'il y a lieu de se référer pour savoir si un navire est ou non susceptible d'être hypothéqué. Nous partageons pleinement cette manière de voir, et nous considérons que cette solution ne peut que présenter des avantages pratiques. La nationalité d'un navire ne saurait d'autre part être ignorée, elle se manifeste par des signes extérieurs, de sorte que ceux qui se trouvent lésés par l'application de la loi du pavillon, ne le sont que parce qu'ils ont négligé de prendre connaissance des dispositions de cette loi.

Toujours sur la proposition de M. Lyon-Caen, l'Institut de droit international a décidé que c'est la loi du pavillon qui devrait déterminer les formalités à remplir pour la publicité des hypothèques maritimes. Nous pensons au contraire qu'ici la loi du pavillon doit être mise de côté, car nous considérons qu'il est inacceptable qu'une hypothèque puisse produire des effets dans un pays où elle n'a reçu aucune publicité. D'abord il peut se faire que la loi du pays dont relève le navire admette la clandestinité de l'hypothèque ; on se trouve alors en présence d'une hypothèque absolument occulte. Il peut se faire aussi que l'hypothèque ait été soumise dans le pays d'origine du navire à certaines formalités de publicité ; elle est alors relativement occulte, car la publicité est limitée au pays auquel appartient le navire, et n'existe pas pour les pays étrangers. Mais, dit-on, les habitants de ces pays peuvent se renseigner avant de traiter avec le

propriétaire du navire, puisqu'ils en connaissent la nationalité. Soit, ils peuvent se renseigner auprès des autorités étrangères, mais ces renseignements seront si longs à venir, que ceux qui les auront demandés, ne pourront traiter avec le propriétaire du navire, ou bien devront traiter sans les avoir eus. Ce n'est pas en effet par le télégraphe que le fonctionnaire chargé de l'inscription des hypothèques, délivre un état d'inscriptions.

D'autre part, nous sentons bien qu'exiger que l'hypothèque qui grève un navire étranger soit soumise à la même publicité, que celle à laquelle sont astreintes les hypothèques constituées sur les navires nationaux, c'est le plus souvent se heurter à une véritable impossibilité. Mais rien n'empêche que dans chaque pays on organise une publicité spéciale pour les hypothèques constituées sur des navires étrangers, et dont les formalités seraient facilement accessibles aux navires de tous les pays. Rien ne s'oppose à ce que la loi française par exemple, déclare qu'elle ne reconnaîtra comme valables en France que les hypothèques qui auront été inscrites au dos de l'acte de nationalité du navire. Une pareille exigence n'a rien d'excessif. Elle était insérée pour les navires français dans l'article 6, paragraphe 2, de notre loi de 1874 sur l'hypothèque maritime. Théoriquement cette mesure nous paraît excellente, et nous ne croyons pas qu'en pratique elle ait donné lieu à des difficultés. On a cependant jugé bon de la faire disparaître de la loi du 10 juillet 1885 ; les motifs qu'on a donnés de cette inno-

vation, sont du reste peu convaincants ; on a prétendu que cette formalité compliquait un système qui devait avant tout se recommander par sa simplicité ; que pour être renseigné sûrement sur la situation hypothécaire d'un navire, il suffisait de demander un état des inscriptions au receveur des douanes du port d'immatricule ; que le système de publicité n'était pas autre pour les immeubles, et qu'on ne s'en était jamais plaint (1). Nous croyons cependant que si la loi du 10 juillet 1885 avait reproduit intégralement l'article 6 de la loi de 1874, elle n'eût point introduit dans son système le moindre élément de confusion, et qu'elle aurait eu par contre cet avantage énorme de permettre à un navire d'établir sa situation hypothécaire en quelque lieu qu'il se trouvât.

M. Lyon-Caen (2) prétend enfin que c'est la loi du pavillon qui doit déterminer tous les effets que produit l'hypothèque maritime. C'est une solution que nous ne faisons pas difficulté d'admettre, et voici pour quels motifs : lorsqu'une hypothèque est constituée sur un navire, la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre cette constitution, est vraisemblablement, nous l'avons vu, la loi du pavillon du navire, quel que soit du reste le lieu où le contrat ait été passé. Les parties contractantes ont donc compté que l'hypothèque n'aurait d'autres effets que ceux que la loi du pavillon lui assigne. D'autre part, les

1. V. *Exposé des motifs. Journal officiel*, Chambre, annexes, 1881, p. 1699.

2. Lyon-Caen, *op. cit.*, n° 30.

tiers ne sont pas le moins du monde fondés à se plaindre de cette solution, car il n'en résulte pour eux aucun préjudice auquel ils n'aient dû s'attendre ; si l'hypothèque n'existait pas encore au moment où ils ont traité avec le propriétaire du navire, c'est à eux-mêmes qu'ils doivent s'en prendre du préjudice que leur causera plus tard l'exercice de ce droit d'hypothèque ; ils ont péché par défaut de prévoyance. Si elle existait déjà, sachant quelle était cette hypothèque et quelle loi la régissait, ils ont dû calculer ses effets éventuels, et prendre des précautions en conséquence. L'application de la loi du pavillon a donc l'avantage de donner effet à la volonté des parties, et de ne léser personne injustement. C'est pour ce double motif qu'elle nous paraît devoir être consacrée législativement. Mais il ne faudrait pas qu'on vît dans cette disposition de loi laissant à la loi du pavillon le soin de déterminer les effets de l'hypothèque, un texte interprétatif de la volonté des parties, car les parties pourraient alors y déroger ; et s'il leur était permis de le faire, il pourrait arriver qu'un navire fût dans un pays grevé d'hypothèques soumises chacune à une loi particulière ; situation regrettable, car il se pourrait faire que ces différentes législations fussent inconciliables.

En résumé nous pensons que si le législateur français avait à statuer sur le point de savoir comment doivent être tranchés les conflits de lois en matière d'hypothèque maritime, il devrait procéder de la façon suivante : 1°

attribuer à la loi du pavillon qualité pour décider si le navire est ou non susceptible d'hypothèque; 2° déclarer que c'est la loi française qui fixe les conditions auxquelles l'hypothèque maritime est opposable aux tiers, et organiser en même temps une publicité spéciale pour les hypothèques qui grèvent les navires étrangers; 3° s'en référer à la loi nationale du navire pour la détermination des effets des hypothèques qui grèvent ce navire.

Voilà dans quel sens, croyons-nous, une modification législative interviendrait utilement. Mais tant que le législateur n'aura pas prononcé, c'est aux principes du droit actuellement en vigueur qu'il faut s'en tenir, et ces principes, nous pensons l'avoir démontré, conduisent à l'application de la loi de la situation.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1^o POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

- I. — L'accusateur agit en vertu d'un droit propre.
- II. — L'incapacité d'accuser est encourue à partir de la *nominis delatio*, ou de l'*inscriptio*, et non à compter de la *nominis receptio*.

2^o POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

- I. — Dans le droit de Justinien le droit réel de servitude ne peut s'établir par stipulation.
- II. — A l'origine l'usucapion n'exige ni juste titre, ni bonne foi.
- III. — La compensation légale n'était pas admise sous Justinien.
- IV. — Dans le dernier état du droit Romain le mari n'a pas la propriété des biens dotaux,

DROIT FRANÇAIS

1^o POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

- I. — Les navires sont au point de vue du droit privé régis par la loi du lieu où ils se trouvent.
- II. — L'article 2128 du Code civil est complètement étranger à l'hypothèque des navires.
- III. — Les tribunaux français sont compétents pour conférer la force exécutoire aux actes reçus par des officiers publics étrangers.
- IV. — Le créancier ayant hypothèque sur un navire en vertu d'un acte reçu par un officier public étranger, peut être colloqué valablement sans que son titre ait reçu force exécutoire en France.

2^o POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT CIVIL

- I. — Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par la prescription trentenaire.
- II. — Le droit d'user de l'eau d'une source ne peut être acquis par prescription par le propriétaire du fonds inférieur, que si des travaux apparents ont été exécutés par lui sur le fonds supérieur.
- III. — Les sociétés civiles n'ont pas la personnalité civile.
- IV. — L'article 1419 du Code civil n'apporte aucune exception à la règle : *qui auctor est se non obligat*.

DROIT DES GENS

- I. — La traite des nègres n'est pas un crime du droit des gens.
- II. — Un État n'est pas justiciable des tribunaux d'un autre État.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- I. — La majorité dont il est question dans l'article 9 du Code civil est celle de la loi française.
- II. — Le tribunal chargé de conférer la force exécutoire en France à un jugement étranger peut entrer dans un nouvel examen de l'affaire.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — Les pouvoirs du Congrès sont limités par les votes antérieurs des deux chambres.
- II. — Les traités d'extradition ne sont pas soumis par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 18 juillet 1875 à l'approbation des Chambres.

Vu par le Président de la thèse,
RENAULT.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

LES ACCUSATIONS POPULAIRES A ROME

INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — Le droit d'accusation. Son histoire et son fondement.....	10
CHAPITRE II. — Qui pouvait se porter accusateur ?.....	24
Section I. — Incapacités absolues.....	28
Section II. — Incapacités relatives.....	44
CHAPITRE III. — Comment s'exerçait le droit d'accusation ?...	48
CHAPITRE IV. — Quelles étaient pour l'accusateur les conséquences de l'accusation ?.....	63
Section I. — Pendant l'instance.....	63
Section II. — Après le jugement.....	76
CHAPITRE V. — Quelles étaient les causes d'extinction du droit d'accusation	84
CONCLUSION ...	93

DROIT FRANÇAIS

DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE D'HYPOTHÈQUE MARITIME

INTRODUCTION	99
PREMIÈRE PARTIE. — Des conflits de lois en matière de droits	

réels sur les navires.....	102
Section I. — Théorie de la loi de la situation.....	103
Section II. — Théorie de la loi du pavillon.....	107
Section III. — Réfutation de la théorie de la loi du pavil- lon	112
DEUXIÈME PARTIE. — La loi de la situation. Son application aux conflits de lois en matière d'hypothèque maritime.....	123
CHAPITRE I. — Conflits entre deux lois dont l'une seulement admet l'hypothèque maritime.....	126
Section I. — Un navire hypothéqué ou susceptible de l'être est dans un port d'un pays où l'hypothèque maritime est inconnue.....	126
Section II. — Un navire dont la loi nationale ne reconnaît pas l'hypothèque maritime, est dans un port d'un pays où cette hypothèque est pratiquée.....	144
CHAPITRE II. — Conflits entre lois réglementant l'hypothèque maritime de façons différentes.....	150
Section I. — Un navire valablement hypothéqué est saisi et vendu dans un port étranger où l'hypothèque mari- time est reconnue.....	150
Section II. — Un navire est saisi et vendu dans un port de son pays, mais les hypothèques qui le grèvent ont été constituées à l'étranger, en un pays dont la législation re- connait l'hypothèque maritime.....	177
APPENDICE. — Législations étrangères	182
CONCLUSION	192
POSITIONS.....	199

Imprimerie des Ecoles, HENRI JOUVE, 23, Rue Racine, PARIS.
